This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

3 2044 097 731 285

Bd Dec 1922

HARVARD LAW LIBRARY

Received JUN 27 1921

FRANCE

ÉTUDES

SUR

L'HISTOIRE DU DROIT ROMAIN

I

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE

BAR-LE-DUC

Audibert, Charles Adrien, 1850-

ÉTUDES

SUR

L'HISTOIRE DU DROIT ROMAIN

Par Adrien AUDIBERT

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

I

LA FOLIE ET LA PRODIGALITÉ

ÉTUDE SUR LES DEUX FORMES D'ALIÉNATION MENTALE RECONNUES PAR LE DROIT ROMAIN. *FUROR ET DEMENTIA*.

ÉTUDE SUR LES DEUX SYSTÈMES D'INTERDICTION QUI FURENT PRATIQUÉS EN DROIT ROMAIN. L'ANCIEN DÉCRET D'INTERDICTION ET LA CURATELLE LÉGITIME.

LA COMPARAISON DE LA PRODIGALITÉ AVEC LA FOLIE ET LA CURATELLE DATIVE.

PARIS

LIBRAIRIE

DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS

ET DU JOURNAL DU PALAIS

L. LAROSE & FORCEL, ÉDITEURS

22, RUE SOUFFLOT, 22

1892

For π
A 911b

JUN 27 1921

INTRODUCTION.

On rencontre à toutes les époques de l'histoire du droit romain, parmi les personnes incapables que la loi soumettait à un régime juridique spécial, le fou et le prodigue interdit. Le fou était atteint d'une incapacité naturelle, qui l'empêchait de faire aucun acte juridique. Quant au prodigue, il pouvait être frappé d'interdiction, et dès lors il devenait incapable. L'un et l'autre recevaient des curateurs, à qui était confiée l'administration du patrimoine.

Ces deux systèmes de protection sont bien connus sous la forme dernière que Justinien leur a donnée. Mais leur développement historique l'est beaucoup moins; il reste à certains égards fort obscur, et je me propose de l'étudier ici.

On ne doit pas hésiter à reconnaître que, par leurs premières origines, la curatelle du fou et la curatelle du prodigue se rattachent à l'ancienne organisation de la

famille. Elles furent d'abord des institutions purement familiales. A l'époque où la *gens* avait encore sa constitution primitive, c'était l'autorité gentilice qui intervenait lorsqu'un *paterfamilias* devenait fou ou faisait des dépenses excessives. C'était elle qui devait constater l'état mental de l'aliéné, ou prononcer contre le prodigue le décret d'interdiction, créer une curatelle pour l'administration des biens, et surveiller la gestion des curateurs (1).

C'est là une hypothèse sans doute, et qui ne peut pas être directement fondée sur le témoignage des textes (2); mais elle est extrêmement vraisemblable. Elle s'accorde très bien, soit avec ce que nous savons de la *gens* et de son ancienne constitution, soit avec les caractères distinctifs de la curatelle légitime, manifestement organisée comme une institution propre à la famille civile.

On trouve d'ailleurs, dans d'autres législations antiques, particulièrement en Grèce, des institutions analogues aux deux curatelles romaines, et il est permis de conjecturer qu'il s'agit d'une de ces coutumes qui se développèrent spontanément chez tous les peuples ariens, au

(1) IHERING, l'*Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, I, p. 195-196. VOIGT, *XII Tafeln*, II, p. 758. MUIRHEAD, *Introd. historique au droit privé des Romains*, trad. Bourcart, p. 451, n. 25; p. 145, 161. MAY, *Éléments de droit romain*, I, p. 212. CUQ, *Institutions juridiques des Romains*, 1891, p. 312-316. RIVIER, *Droit de famille romain*, 1891, p. 363-364.

(2) L'argument que M. Cuq a voulu fonder sur un texte d'ULPIEN, D. XXVII, 10, *De cur. fur.*, 1 pr., n'est pas probant. Je le montrerai plus loin : p. 81, n. 2.

sein de la famille primitive, dans le γένος comme dans la *gens* (1).

Du régime intérieur des *gentes,* cette coutume passa dans le droit de la cité. A une époque qu'il est impossible de déterminer (2), le magistrat se substitua au conseil de la *gens;* il reçut le pouvoir de vérifier l'état de folie, ou de prononcer l'interdiction; mais c'était toujours aux membres de la famillle que la curatelle était déférée. La loi des Douze-Tables consacra l'ancien usage en appelant à la curatelle les agnats, et, à défaut d'agnats, les gentils.

Ainsi, dans le système des Douze-Tables, comme dans la coutume la plus ancienne, la curatelle demeura étroitement associée à l'organisation de la famille civile. La loi ne venait en aide qu'à ceux qui avaient des agnats ou des gentils. Elle refusait tout secours à de nombreuses catégories de personnes, aux enfants nés hors du mariage

(1) Leist, *Græcoitalische Rechtsgeschichte,* Iena, 1884, § 11. — On a soutenu que dans le droit d'Athènes, c'était le tribunal de la phratrie qui, encore à l'époque de Sophocle, statuait sur les accusations de démence ou de prodigalité. (Voy. Vita Sophoclis, p. 129, West. : πρὸς τοὺς φρατόρας ἐγκαλεῖν.) Les hellénistes les plus autorisés sont d'un avis contraire : Meier et Schomann, *Attisch. Prozess,* p. 298; Lipsius, II, p. 568, n. 247. Hermann, *Griechisch. Privatalterthümer,* 1882, p. 80, n. 6. Il est bien probable qu'au temps de Sophocle, les chefs de famille, membres de la phratrie, n'avaient plus mission de statuer sur le sort des prodigues et des fous; mais dans le droit primitif, cette intervention de l'autorité familiale est tout à fait vraisemblable.

(2) Nous verrons, en traitant des prodigues, qu'on a tenté sans succès de préciser l'époque à laquelle le magistrat reçut le pouvoir de prononcer l'interdiction. *Infrà,* p. 81, n. 1, 2.

légitime, aux enfants émancipés, aux affranchis, à d'autres encore. Ce n'était pas l'intérêt personnel de l'aliéné ou du prodigue qu'elle avait en vue : c'était uniquement l'intérêt de la famille, de la *gens* à laquelle il appartenait.

On finit cependant par reconnaître qu'il était dans tous les cas nécessaire d'instituer une protection pour les fous et pour les prodigues, alors même que l'intérêt des agnats ou des *gentiles* n'était pas engagé; et à cette idée toute nouvelle, répondit la création des curateurs honoraires. Dans de nombreux cas où la curatelle légitime était inapplicable, le magistrat nomma lui-même des curateurs. Cette innovation réalisa un progrès considérable : non seulement elle permit de secourir ceux qui ne faisaient partie d'aucune famille civile; mais elle remédia, sur d'autres points encore, à l'insuffisance de l'ancienne loi.

La loi des Douze-Tables ne mettait en curatelle, à raison de leur état mental, que les fous appelés *furiosi;* quant aux aliénés d'un autre genre (*dementes* ou *mente capti*), elle n'en parlait pas. D'autre part, elle n'atteignait comme prodigues que ceux qui dissipaient l'héritage paternel (*bona paterna avitaque*), et encore à la condition qu'ils l'eussent recueilli *ab intestat.* Grâce à la curatelle dative, les fous et les prodigues qui ne rentraient dans aucune des catégories prévues par la loi cessèrent d'être privés de protection.

Cette réforme, si importante par les conséquences qu'elle entraîna, soulève particulièrement deux questions fort délicates.

1° En quoi consistaient les deux genres de folie que les Romains ont distingués, et comment la protection légale s'est-elle étendue de l'un à l'autre?

2° Comment l'interdiction, d'abord limitée à une seule espèce de prodigues, a-t-elle pu s'étendre aussi en dehors des conditions déterminées par la loi?

Ces deux questions sont unies entre elles par un lien étroit. J'essaierai de montrer que les deux curatelles datives, celle du *demens* ou *mente captus* et celle du prodigue, procèdent d'un seul et même principe. Le *demens,* c'est l'aliéné qui n'a pas complètement perdu l'usage de ses facultés, et dont la raison n'a reçu qu'une atteinte partielle : c'est le monomane. Quant au prodigue, il fallut aussi le considérer comme un fou pour le mettre en curatelle, dans les cas où la loi ne permettait pas de l'interdire; et en effet la prodigalité n'est-elle pas une espèce de folie, une véritable monomanie? Cette idée a servi de fondement à un nouveau système d'interdiction, très différent de celui que la loi des Douze-Tables avait établi.

Telle est, en deux mots, la thèse que je me propose de soutenir. Elle n'est pas conforme aux doctrines généralement admises. Mais j'espère démontrer qu'elle résoud des difficultés demeurées jusqu'ici sans explication satisfaisante, et qu'elle jette un jour nouveau sur l'histoire de la curatelle et de l'interdiction.

LA FOLIE

ÉTUDE

SUR

LES DEUX FORMES D'ALIÉNATION MENTALE

RECONNUES PAR LE DROIT ROMAIN

FUROR ET DEMENTIA

Furorem esse rati sunt mentis ad omnia cæcitatem.

CICÉRON, *Tuscul.*, III, 5.

Inter amentem et dementem hoc interest quod amens in totum caret mente, demens partem retinet.

ISIDORE DE SÉVILLE, *Differ.*, II, 42.

Le système organisé par le droit romain pour la protection des fous est d'une très grande simplicité. Il repose sur ce fait qu'une personne, dépourvue d'intelligence et de volonté, est dans l'impossibilité de faire aucun acte juridique. L'incapacité du fou, en droit romain, n'a pas d'autre base : d'où il résulte qu'elle commence avec la folie et qu'elle disparaît avec elle, pour toujours ou temporairement, suivant que la guérison est définitive ou momentanée. C'est une incapacité naturelle. La loi n'y ajoute rien : elle ne met pas le fou en état d'interdiction, elle se contente de lui donner des curateurs qui prendront soin de sa personne, administreront ses biens, et dont les pouvoirs cesseront dès que la folie prendra fin.

Telle est l'idée romaine de l'incapacité du fou : idée purement rationnelle qui paraît avoir toujours été admise sans que le législateur ait eu besoin de la formuler. On aurait dû, semble-t-il, en conclure que les fous, étant dans tous les cas naturellement incapables, devaient, dans tous les cas aussi, recevoir des curateurs. Il est pourtant un genre de folie qui fut d'abord laissé en dehors de la curatelle.

Le texte des Douze-Tables qui appelait les agnats et les gentils à la curatelle du fou était ainsi conçu :

> SI FURIOSUS ESCIT, ADGNATUM GENTILIUMQUE IN EO PECUNIAQUE EJUS POTESTAS ESTO (1).

La loi ne parlait que du *furiosus*. Or, il y avait des aliénés d'une autre sorte : les *dementes* ou *mente capti*. La curatelle légitime ne pouvait pas leur être imposée, et ils demeurèrent sans protection jusqu'au jour où fut créée la curatelle dative.

Cette distinction de deux sortes de folie offre un difficile problème, sur lequel les commentateurs sont divisés d'opinion, et qu'il s'agit de résoudre.

1° Quelles sont les diverses formes de l'aliénation mentale qu'on désignait sous les noms de *furor* et de *dementia?*

2° Sont-ce les mêmes principes qui régissaient la condition juridique du *furiosus* et celle du *demens?*

(1) CICÉRON, *De invent.*, II, 50, 148; *Tuscul.*, III, 5, 11. Cicéron nous donne-t-il, dans sa teneur exacte et sans en rien omettre, le texte des Douze-Tables ? Il est difficile de le dire. En tout cas, je ne crois pas qu'on soit autorisé à intercaler dans le texte, comme le font certains auteurs, une autre disposition relative à la curatelle du prodigue, et le fragment *ast ei custos nec escit*, conservé par Festus. Nous examinerons cette question en traitant de la prodigalité. V. *infrà*, p. 82-87.

I.

Définition de la fureur et de la démence.

I. *Diverses expressions servant à désigner l'aliénation mentale et les aliénés :* Furiosus, Demens *et* Mente captus. *Sens large et sens étroit de ces expressions. A quelle distinction des maladies mentales se rapportent-elles ?*

II. *Premier système, consistant à caractériser la fureur par l'agitation anormale de l'esprit et la possibilité d'intervalles lucides, la démence par un état de complète dépression mentale, sans possibilité de retour à la raison.* — III. *Cette définition n'est conforme ni au sens matériel des mots, ni au témoignage des textes.* — IV. *La théorie qu'on prête au droit ancien n'est soutenable ni rationnellement, ni historiquement, ni pratiquement.*

V. *Deuxième système, consistant à opposer la folie proprement dite* (furor) *à la faiblesse d'esprit* (dementia). *Part de vérité qu'il renferme. Raisons qui doivent le faire rejeter.* — VI. *Passage des Tusculanes où Cicéron définit les mots* furor *et* insania. *Passage d'Isidore de Séville.*

VII. *La distinction du* furiosus *et du* demens *ne doit-elle pas s'expliquer par les changements que la conception de la folie a subis dans les idées des anciens ?* — VIII. *A l'origine le fou était regardé comme un possédé; aussi croyait-on que la folie impliquait nécessairement la perte complète de la raison.* — IX. *Une notion plus large de la folie se forma sous l'influence de la science, de la philosophie et des mœurs. Le* demens *est un aliéné atteint de folie partielle, un monomane.* — X. *Exemple emprunté à Horace.* — XI. *Cette théorie est conforme à l'idée que les textes nous donnent de la fureur* (mentis ad omnia caecitas) *et à la définition du* demens, *d'après Isidore de Séville.* — XII. *Elle est confirmée par un passage de Celse,* de medicina. *La distinction faite par cet auteur entre deux sortes d'aliénés,* qui imaginibus falluntur *et* qui mente falluntur, *est identique à celle du* furiosus *et du* demens.

I. Il convient d'abord de passer en revue les diverses expressions qu'emploient les textes pour désigner soit les

maladies mentales, soit les personnes incapables à raison de l'état de leur esprit. En voici l'énumération :

FUROR, FURIOSUS (1).
DEMENTIA, DEMENS (2).
MENTE CAPTUS (3).
INSANIA, INSANUS (4).
MENTIS ALIENATIO (5).
NON SUÆ MENTIS. NON COMPOS MENTIS (6).
LUNATICUS (7)
FANATICUS (8).
FRENETICUS (9).

(1) Ces mots sont ceux qu'on rencontre le plus fréquemment. Il me paraît inutile d'énumérer ici les très nombreux textes où ils sont employés.

(2) Les mots *dementia, demens,* sont, après *furor* et *furiosus,* les plus usités. PROCULUS, D. XXXI, *De leg.* 2°, 48 § 1. JULIEN, D. XXVII, 10, *De cur. fur.,* 7 § 1. MACER, D. I, 18, *De off. præs.,* 14. MARCIEN, D. V, 2, *De inoff. test.,* 2. ULPIEN, D. IV, 8, *De recept.,* 27 § 5; D. XXIV, 2, *De divort.,* 4; D. XXVI, 1, *De tutel.,* 3 § 1; D. XXVI, 5, *De tut. et cur. dat.,* 8 § 1; D. XXVII, 10, *De cur. fur.,* 6. JUSTINIEN, C. J., V, 4, *De nupt.,* 25; C. J., I, 4, *De episc. aud.,* 28, etc.

(3) PAUL, *Sent.,* III, 4 A, § 11. PAUL, D. XXVIII, 1, *Qui test. fac.,* 17. JUSTINIEN, C. J., V, 54, *De nupt.,* 25; C. J., I, 4, *De episc. aud.,* 28; C. J., V, 37, *De adm. tut.,* 28 § 1; C. J., VI, 26, *De impub. et al. subst.,* 9. INST. I, 23, *De curat.,* 4.

(4) MODESTIN, D. XXVII, 1, *De excus.,* 10 § 8; D. XLVIII, 4, *Ad leg. Jul. maj.,* 7 § 3.

(5) MACER, D. I, 18, *De off. præs.,* 14.

(6) ULPIEN, D. I, 18, *De offic. præs.,* 13 § 1; D. IX, 2, *Ad leg. Aq.,* 5 § 2; D. XXVIII, 1, *Qui test. fac.,* 20 § 4; D. XXXVIII, 17, *Ad sctum Tert.,* 2 § 11, etc.

(7) PAUL, D. XXI, 1, *De ædil. ed.,* 43 § 6.

(8) (9) ULPIEN, D. XXI, 1, *De ædil. ed.,* 1 § 9.

MELANCHOLICUS (1).
FATUUS (2).

Certaines de ces expressions ont un sens facile à déterminer.

INSANIA, MENTIS ALIENATIO, NON SUÆ MENTIS, NON COMPOS MENTIS : ce sont là des termes généraux qui expriment simplement l'idée de folie, et ne contiennent aucune allusion aux distinctions à faire entre les diverses maladies mentales.

Les mots LUNATICUS, FANATICUS, FRENETICUS, MELANCHOLICUS désignent au contraire des états d'esprit tout particuliers. Le *lunaticus* a périodiquement des accès de folie et des retours de raison, suivant le cours des révolutions lunaires (3). Le *fanaticus* est emporté, comme les prêtres de certaines divinités, par un délire religieux; c'est dans les temples (*fana*) qu'il s'y abandonne, s'agitant en mouvements désordonnés et prononçant des paroles mystérieuses et prophétiques (4). Le sens des mots grecs *freneticus, melancholicus,* était nettement défini par la science du temps; la frénésie (φρενῖτις) est un délire déterminé par la fièvre (5); le mot mélancolie (μελαγχολία), employé parfois dans le

(1) PAUL, D. XXI, 1, *De ædil. ed.*, 2.

(2) GAIUS, D. III, 1, *De postul.*, 2; D. XLII, 5, *De reb. auct. jud.*, 21.

(3) FORCELLINI, *Lexicon*, au mot *Lunaticus*, et les textes qu'il cite.

(4) QUINTIL., *Inst. Orat.*, XI, 3, 71. *Jactare id* (*caput*) *et comas excutientem rotare, fanaticum est.*

(5) CELSE, *De medic.*, III, 18. — Dans le texte d'Ulpien déjà cité, D. XXI, 1, *De æd. ed.*, 1 § 9, le mot *freneticus*, écrit en grec, est certainement pris dans ce sens : *veluti contingeret* φρενητικῷ, *quia id ei ex febribus acciderit.* Certaines éditions, notamment l'édition Galisset, ajoutent, après φρενητικῷ, *id est mente capto.* Il ne faut tenir nul compte de cette addition, qui, à mon sens, contient une inexactitude.

sens général de folie (1), désigne le plus souvent cette maladie morale qui se manifeste par une profonde tristesse et dont les anciens plaçaient la cause dans la bile : *atra bilis* (2).

Quant à FATUUS, ce mot doit s'entendre, non pas à proprement parler du fou, mais du faible d'esprit, de celui qui pousse la sottise à un degré tout à fait exceptionnel. C'est un synonyme de STULTUS, mais plus expressif (3).

Laissons de côté ces diverses expressions, et bornons-nous à examiner les mots FURIOSUS, MENTE CAPTUS et DEMENS. C'est à leur sujet qu'il s'élève de très sérieuses difficultés.

On doit reconnaître qu'ils ne sont pas toujours pris dans le même sens. Ils ont une acception étroite et une acception large.

Il y a certains textes où *mente captus* fait évidemment antithèse à *furiosus*, chacun de ces mots désignant ainsi une espèce particulière d'aliénés. C'est d'abord le passage des Institutes où Justinien, après avoir parlé de la curatelle du *furiosus*, seule fondée sur la loi des Douze-Tables, mentionne la curatelle du *mente captus* (4). Une constitu-

(1) CICÉRON, *Tuscul.*, III, 5, 11.

(2) CELSE, *De medic.*, III, 18. CÆLIUS AURELIANUS, *De morb. chronic.*, I, 5 et 6. Cælius Aurelianus nous apprend qu'on discutait si la mélancolie devait être regardée comme un genre de folie : ***Melancholiam inquit*** *(Apollonius)* ***speciem furoris esse nuncupandam, nos vero ipsam quoque discernimus a furore.***

(3) Voici un vers de PLAUTE qui donne à ce mot un nombreux cortège de synonymes (Bacch., V, 1, 2) :

Stulti, stolidi, fatui, fungi, bardi, blenni, buccones.

SERVIUS, *Ad Æn.*, VII, 47. *Fatuos dicimus inconsiderate loquentes.*

(4) INST., I, 23, *De curat.*, § 3. *Sed et mente captis, et surdis, et mutis, et qui perpetuo morbo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.*

tion du même empereur, relative à la question de savoir si un enfant peut se marier sans le consentement du *paterfamilias* atteint de folie, nous apprend que Marc-Aurèle avait rendu sur cette matière un rescrit où le *paterfamilias* fou était qualifié de *mente captus*, et que les anciens jurisconsultes discutèrent si la décision impériale devait s'appliquer seulement au *mente captus*, ou d'une façon générale à tous les aliénés, y compris le *furiosus* (1).

Le mot *demens*, opposé au mot *furiosus*, se prend aussi dans un sens étroit. *Furiosus aut demens, furor aut dementia*... Cette antithèse, qu'on relève dans plusieurs passages du Digeste et du Code, vise manifestement deux états d'esprit différents, dont chacun constitue l'une des formes de l'aliénation mentale (2). Il est important de constater que, dans cette acception, le mot *demens* est synonyme de *mente captus*. C'est ce que démontre la constitution de Justinien, relative au rescrit de Marc-Aurèle où il était question d'un *paterfamilias mente captus*. Les mots *mente captus* et *demens* y sont indistinctement employés par opposition à *furiosus* (3).

On ajoute généralement à ces textes un passage des Tusculanes, où Cicéron constate que la loi des Douze-Tables

(1) C. V, 4, *De nupt.*, 25; C. I, 4, *De episc. aud.*, 28. Citons aussi ce fragment de Tryphoninus où il est parlé d'un curateur nommé par le préteur à un *mente captus : Si a prætore detur curator mente capto, aut muto, sive ventri...* D. XXVII, 1, *De excus.*, 45 § 2.

(2) Marcien, D. V, 2, *De inof. test*, 2. Ulpien, D. IV, 8, *De receptis*, 27 § 5; D. XXVI, 5, *De tut. et cur. dat.*, 8 § 1; D. XXVII, 10, *De cur. fur.*, 6; D. XLVII, 10, *De injur.*, 17 § 11. Justinien, C. I, 4, *De episc. aud.*, 28; C. V, 4, *De nupt.*, 25; C. V, 37, *De admin. tut.*, 28 § 1.

(3) C. I, 4, *De episc. aud.*, 28; C. V, 4, *De nupt.*, 25. — V. Pernice, *Labeo*, I, p. 235.

n'avait pas prévu tous les genres de folie, et où il compare la folie du *furiosus* à celle qu'il appelle *stultitia, insania stultitiæ juncta* (1); seulement c'est une question de savoir si ce parallèle se rapporte bien aux deux sortes d'aliénés que les jurisconsultes distinguaient sous le nom de *furiosus* et de *mente captus* ou *demens* (2).

Il y a d'autre part, un grand nombre de textes, juridiques ou autres, où les mots *furiosus, demens, mente captus* ne se font plus antithèse, mais s'emploient indifféremment l'un pour l'autre, de telle sorte que chacun paraît convenir à tous les genres de folie. Dans tel fragment du Digeste, dans telle constitution impériale, ces différents noms sont donnés successivement à l'aliéné; ils sont synonymes (3). Aussi ne saurait-on prétendre que les décisions où l'un de ces noms est seul employé, régissent exclusivement soit le *furiosus*, tel que l'entendait la loi des Douze-Tables, soit le *mente captus* pour qui fut créée la curatelle dative. Il peut se faire qu'elles aient une portée tout à fait générale, et c'est même ainsi qu'elles doivent être interprétées : la suite de cette étude nous le montrera.

On pourrait, en recourant aux auteurs anciens qui ne sont pas à proprement parler des jurisconsultes, multiplier les témoignages qui établissent la synonymie des mots *furiosus, demens* et *mente captus*. Je me contenterai de

(1) Cicéron, *Tuscul.*, III, 5.

(2) *Infrà*, p. 33-37.

(3) Proculus, D. XXXI, *De leg.* 2°, 48 § 1. Julien, XXVII, 10, *De cur. fur.*, 7 § 1. Macer, D. I, 18, *De off. præs.*, 14. Ulpien, D. XXIV, 2, *De divort.*, 4; D. XXVI, 1, *De tut.*, 3 § 1. Ces textes prouvent la synonymie de *furiosus* et *demens*. Dans une constitution de Gordien, C. V, 30, *De cur. fur.*, 2, les mots *furiosus* et *mente captus* sont aussi employés l'un pour l'autre.

citer les définitions des mots *mente captus, demens, amens,* d'après Festus (1), et un passage de Varron où le mot *mente captus* est appliqué précisément au fou placé sous la curatelle des agnats ou des gentils, c'est-à-dire à celui dont le nom propre est *furiosus* (2).

Ainsi les expressions que nous nous proposons de définir désignent tantôt deux genres de folie différents, tantôt la folie en général. Il s'agit de savoir quelles sont les deux formes de l'aliénation mentale que les Romains ont ainsi distinguées, et que toutefois la terminologie juridique tendait à confondre.

Deux systèmes sont soutenus sur cette question. Examinons-les successivement.

II. D'après une opinion qui paraît être, en France, généralement enseignée (3), on propose comme moyen de distinguer le *furiosus* du *demens* un double criterium. On recherche, d'une part, si la folie se manifeste par une surexcitation anormale ou par la dépression des facultés. On se demande, d'autre part, si le fou recouvre à certains moments la raison, ou si au contraire son état mental ne comporte aucun intervalle lucide. En combinant ces deux

(1) Festus : MENTE CAPTUS *dicitur quum mens ex hominis potestate abit, et idem* DEMENS *quod de sua mente decesserit, et* AMENS *quod a mente abierit.*

(2) Varron, *De re rustica*, I, 2, 8 : *mente est captus atque ad agnatos et gentiles est deducendus.*

(3) Demangeat, *Cours de droit romain*, I, 3e édit., p. 249, 403. Accarias, *Précis*, I, § 167. Machelard, *Oblig. natur.*, p. 271-275. Mainz, *Cours de droit romain*, I, § 19, 2. May, *Éléments de droit romain*, 1889, I, p. 212. Thédenat, *Dictionn. des antiquités* (Daremberg et Saglio), v° *Curatio*. A. Rivier, *Droit de famille romain*, 1891, p. 363, n. 2 : « La folie appelée *furor* se manifeste surtout, dit le savant professeur de Bruxelles, par des accès périodiques, réguliers ou irréguliers, tandis que la *dementia* suit un cours égal et calme. »

points de vue, on donne le nom de *furor* à l'état d'un esprit en qui s'agitent des pensées déraisonnables et extravagantes, mais qui reprend par intervalles possession de lui-même; on appelle *dementia* la privation complète de l'intelligence, exclusive de toute divagation, mais aussi de tout retour momentané à la raison (1).

Ce système, tel que je viens de l'exposer, est complexe; il assigne à chaque genre de folie deux caractères distinctifs qui, en fait (du moins on le suppose), seraient toujours inséparables, par exemple, l'anéantissement de la pensée et l'impossibilité de tout intervalle lucide. Il faut remarquer toutefois que certains auteurs insistent seulement sur l'un des deux criteriums que nous avons cumulés, ou même estiment que l'autre doit être écarté. Pour beaucoup, il n'est question que de savoir si la folie est continue ou intermittente (2). Pour d'autres, plus rares, ce n'est pas par la survenance des intervalles lucides que la fureur se distingue de la démence, c'est par l'agitation d'esprit qu'elle suppose (3). Si l'on va au fond des choses, il semble que les conclusions des uns et des autres ne diffèrent pas

(1) La signification du mot *demens*, ainsi entendu, se rapproche de celle que le même mot reçoit aujourd'hui dans la langue scientifique. C'est ce qu'observe M. le Dr Coutagne: « le *demens*, dit-il, était atteint, suivant la signification psychiatrique actuelle de ce mot, d'une déchéance cérébrale complète et incurable. » H. Coutagne, *La Folie au point de vue judiciaire et administratif*, Lyon, 1888, n. 26.

(2) Accarias, *l. c.* May, *l. c.*

(3) On trouve cette opinion soutenue dans une thèse de doctorat (Dijon). Mercieca, *De l'incapacité résultant de l'aliénation mentale*, 1878, p. 6-10. C'est celle que paraît aussi adopter Ortolan, dans ce passage un peu vague : « l'expression *furiosus* désignait celui dont la démence était portée à l'excès, mais non le fou ni l'imbécile. » *Explic. historiq. des Instit.*, 11e éd., II, § 264, 271.

essentiellement : tous s'accordent à reconnaître que le maniaque est un *furiosus,* et l'idiot un *mente captus,* un *demens.*

Qu'il faille ou non combiner les deux idées dont il s'agit, peu importe. Ni l'une ni l'autre ne sauraient être acceptées. C'est du moins ce que je vais tâcher d'établir.

III. D'abord, les définitions qu'on propose ne sont conformes ni au sens naturel des mots, ni au témoignage des textes.

Le mot *furor* signifie proprement inspiration divine : il rappelle cette intervention des dieux par laquelle les anciens expliquaient les perturbations mentales (1). Il n'exprime en aucune manière ce que nous entendons aujourd'hui par fureur ou agitation. De nombreux textes caractérisent l'état du *furiosus,* en disant qu'il ne comprend rien (2), qu'il n'a pas de volonté (3), qu'il ne peut donner de consentement (4), ni faire aucun acte juridique (5), qu'il est dans un état de torpeur, *languor animi* (6), qu'on peut le comparer à un *infans* (7), à un homme en-

(1) Cicéron, *De divin.*, I, 31, 64 ; II, 48, 100.

(2) Gaius, III, 106. Inst., III, 19, *De inut. stip.*, 8 : *non intelligit quod agit.* Paul, D. L, 17, *De reg. juris,* 5. Ulpien, D. XXIV, 3, *Solut. matr.*, 22 § 7 : *Sensum non habet.* Inst., III, 19, *De inut. stip.*, 10 : *Nullum habet intellectum.*

(3) Africain, D. XXIX, 2, *De adq. vel om. her.*, 47. Pomponius, D. L, 17, *De reg. juris,* 40 : *furiosi... nulla voluntas est.*

(4) Dioclétien, C. IV, 38, *De contr. empt.*, 2 : *Nec furiosi ullum esse consensum.*

(5) Gaius, D. XLIV, 7, *De oblig. et act.*, 1 § 12; D. XLVI, 1, *De fidej.*, 70 § 4. Paul, D. L, 17, *De reg. jur.*, 5. Inst., III, 19, *De inut. stip.*, 8 : *nullum negotium gerere potest.*

(6) Papinien, D. XLI, 2, *De usurp. et usuc.*, 44 § 6.

(7) Inst., III, 19, *De inut. stip.*, 10 : *infans et qui infanti proximus est non multum a furioso distant, quia hujus ætatis pupilli nullum habent intellectum.*

dormi [1], à un absent [2], à un mort [3], et toutes ces propositions conviennent aussi bien, si non mieux, au fou dont le cerveau ne fonctionne pas qu'à celui qui se fait remarquer par le désordre et l'incohérence des idées. Quant aux mots *dementia, demens, mente captus,* ils font songer à un dérangement, à une aberration des facultés mentales, mais ne contiennent pas d'allusion à l'absence totale plutôt qu'à l'extravagance de la pensée. Sur ce point, le sens naturel, précisé par l'étymologie, est d'accord avec les définitions que certains auteurs anciens, tels que Festus, ont données de la démence [4]. Au reste, il serait facile de citer un grand nombre de textes où les expressions qu'on interprète comme se référant à la complète inertie de l'âme, désignent au contraire un état d'extrême agitation, une véritable fureur. Elles sont souvent, en dehors des ouvrages juridiques, appliquées à des gens qui, sans être vraiment fous, se conduisent comme s'ils l'étaient, et on peut constater qu'elles servent alors à désigner ceux qui s'abandonnent à tous les emportements de la passion. On peut même se demander si, à ce point de vue, elles n'avaient

(1) Paul, D. XLI, 2, *De adq. vel om. poss.*, 1 § 3 : *affectionem tenendi non habent... sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat...*

(2) Julien, D. XXIX, 7, *De jure cod.*, 2 § 3 : *nec aliud quidquam agere intelligitur, cum per omnia et in omnibus absentis vel quiescentis loco habeatur.* Paul, D. L. 17, *De reg. jur.*, 124 § 1. Ulpien, D. XLVII, 10, *De injur.*, 17 § 11 : *Furiosus... absentis loco est.* D'ailleurs, l'impossibilité d'agir qui résulte de la folie est plus absolue que celle qui tient à l'absence. Paul en fait la remarque : D. III, 3, *De procur. et defens.*, 2 § 1 : *furiosus non est habendus absentis loco, quia in eo animus deest ut ratum habere non possit.*

(3) Africain, D. XLIV, 8, *Rat. rem hab.*, 24 § 1 : *Si mortuus fuerit... vel furere cœperit.*

(4) V. *suprà*, p. 17, n. 1.

pas une signification plus énergique que le mot *furiosus* lui-même (1). Il ne faut donc pas rattacher la diversité de ces expressions au caractère plus ou moins violent des manifestations de la folie.

Il me paraît plus impossible encore d'y trouver la moindre trace d'une allusion à la continuité de la folie ou à l'existence d'intervalles lucides. Non seulement il n'y a rien, dans les mots *furor* et *dementia*, qui exprime cette antithèse, mais plusieurs textes juridiques démontrent que la folie du *furiosus* pouvait être permanente, et celle du *demens*, traversée par des intervalles de raison. Ici, un jurisconsulte suppose expressément, pour préciser l'hypothèse sur laquelle il va statuer, que le cas de *furor* dont il s'agit comporte des intervalles lucides (2) ; ce qui implique bien que la folie ainsi dénommée pourrait n'en pas comporter. Ailleurs, il est question d'une folie continue, et c'est encore le mot *furor* qui est employé (3). Quant au *mente captus*, Paul le présente comme incapable de tester,

(1) Cicéron, *in Pison.*, 20 : *ego te non vecordem, non furiosum, non mente captum, non tragico illo Oreste aut Athamante dementiorem putem?* Qu'on remarque la gradation observée ici par l'Orateur : *vecors, furiosus, mente captus, demens.*

(2) Ulpien, D. XXVIII, 1, *Qui test. fac.*, 20 § 4 : *si (furiosus) habet intermissionem...;* D. XXIV, 3, *Sol. matr.*, 22 § 8 : *si quidem intervallum furor habeat vel perpetuus quidem morbus est...* Notons que dans ce dernier fragment l'interpolation de Tribonien est certaine. Gradenwitz, *Interpolationen*, p. 11. Lenel, *Palingenesia juris*, II, p. 643, n. 5. On lit aussi dans Quintilien, *Declam.*, 244 : *id genus furoris fuisse ut intermissionem haberet.*

(3) Macer, Dig., I, 18, *De off. præs.*, 14 : *si tibi liquido compertum est Ælium Priscum* IN EO FURORE ESSE, UT CONTINUA MENTIS ALIENATIONE OMNI INTELLECTU CAREAT... *Si vero, ut plerumque adsolet, intervallis quibusdam sensu saniore...* Paul, Dig., V, 1, *De judic.*, 12 § 2 : *Natura, ut surdus, et mutus et* PERPETUO FURIOSUS... Justinien, C. V, 70, *De cur.*

mais seulement *eo tempore*, tant que dure la maladie qui lui enlève l'usage de ses facultés (1) : ce qui suppose la possibilité d'un retour à la raison ; et, dans la loi qui fonde la substitution quasi-pupillaire, nous voyons Justinien exiger expressément que le *mente captus* dont il y a lieu de faire le testament soit atteint d'une folie permanente, et prévoir l'hypothèse d'une guérison (2). Ainsi, les textes le prouvent : que le fou soit constamment en état de folie ou qu'à certains moments il revienne à la raison, cette circonstance n'a aucun rapport avec le nom qu'il porte ; elle n'a rien de commun avec la distinction du *furiosus* et du *demens* (3).

Les auteurs qui font une confusion entre ces deux choses en tirent parti pour expliquer le rescrit de Marc-Aurèle, dont j'ai déjà dit un mot (4), et qui permettait au fils du *mente captus*, mais non au fils du *furiosus*, de contracter mariage sans le consentement paternel. Pourquoi le *mente captus* est-il seul visé par le rescrit? C'est, dit-on, que le *mente captus* est atteint d'une folie continue, et qu'il lui est absolument impossible de donner son con-

fur., 6 : *cum aliis quidem hominibus* CONTINUUM FURORIS INFORTUNIUM *accidat, alios autem morbus non sine laxamento aggrediatur.* C. *eod. t.*, 7 pr. : *furiosus quem morbus detinet* PERPETUUS...

(1) PAUL, *Sent.*, III, 4ª, § 11 ; D. XXVIII, 1, *Qui test. fac.*, 17 : *in adversa corporis valetudine mente captus* EO TEMPORE *testamentum facere non potest.*

(2) JUSTINIEN, C. VI, 26, *De impub. et al. subst.*, 9 : *si filius vel filia, nepos vel neptis, pronepos vel proneptis mente captus vel mente capta perpetuo sit... Si postea resipuerit vel resipuerint, talis substitutio cesset.* INST., II, 16, *De pup. subst.*, 1.

(3) C'est chez le *lunaticus*, mais non chez le *furiosus*, qu'il y a nécessairement des moments de lucidité. *Suprà*, p. 13, n. 3.

(4) *Suprà*, p. 15.

sentement. Si on n'avait pas admis que l'enfant pût se passer de ce consentement, le mariage n'aurait jamais pu se conclure. Le *furiosus* au contraire a des intervalles lucides, pendant lesquels il peut consentir, et c'est pourquoi son consentement continue d'être requis. Cette manière d'entendre la distinction des deux genres de folie fournit donc l'explication rationnelle de la différence qui fut établie entre eux par le rescrit de Marc-Aurèle (1).

Cet argument ne me convainc pas. Il faut remarquer, en effet, que la portée du rescrit était discutée par les jurisconsultes, et que très vraisemblablement l'empereur n'avait pas eu l'intention d'exclure de sa décision les enfants du *furiosus*. Il parlait d'une façon générale, *generaliter,* nous dit Justinien, des enfants du *mente captus*. En effet, le mot *mente captus* se prenait souvent dans un sens large, comme nous l'avons constaté; mais il avait aussi une acception étroite, et cela suffit parfaitement à rendre compte des difficultés qui s'élevèrent. La décision de l'empereur faisait échec au principe de la puissance paternelle, et on comprend qu'il se soit trouvé des jurisconsultes assez attachés à la rigueur de l'ancien principe pour proposer d'entendre d'une manière restrictive cette innovation. On s'efforce de justifier rationnellement la distinction qu'ils proposèrent, et je n'ai, je l'avoue, aucune explication semblable à fournir. Mais il est permis de croire qu'il n'y en avait pas d'autre que le désir de limiter, par une interprétation littérale, l'atteinte que le rescrit portait à la *patria potestas*.

(1) Demangeat, *Cours de droit romain*, I, 3e éd , p. 249-250. Accarias, *Précis*, I, 4e éd., p. 207-208.

L'opinion que je réfute cherchera peut-être un autre argument dans la doctrine que la jurisprudence fit prévaloir, pour le cas où un tuteur nommé par testament était atteint de folie. Le tuteur, une fois revenu à la raison, entrait en fonction : c'est ce que disent plusieurs textes, en supposant toujours qu'il s'agit d'un *furiosus* (1). S'ils ne parlent pas du *mente captus,* c'est, dira-t-on, que pour ce genre d'aliénés la cessation de la folie est impossible. Cette manière de raisonner ne serait guère concluante. En effet, ce n'est pas par opposition au mot *mente captus* que le mot *furiosus* est employé dans les textes où il est question de la folie du tuteur testamentaire; il est pris dans un sens large, et la preuve en est précisément dans ces autres textes où nous avons vu que le retour du *mente captus* à la raison est expressément prévu (2).

IV. En dehors de la démonstration que je viens de fonder sur le sens exact des mots et sur l'ensemble des textes, est-il possible d'admettre que la loi des Douze-Tables ait subordonné l'ouverture de la curatelle à cette singulière condition que la folie se manifeste par l'agitation et l'extravagance de la pensée, ou qu'elle laisse place à des moments de lucidité?

Entre la folie furieuse et la folie tranquille, le droit romain a fait, à la vérité, certaines différences, soit au point de vue des mesures de sécurité qu'il pouvait y avoir lieu de prendre à l'égard des furieux (3), soit au point de vue des

(1) Paul, D. XXVI, I, *De tut.*, 11. Ulpien, D. XXVI, 2, *De test. tut.*, 10 § 3. Inst., I, 14, *Qui test. tut.*, 2.

(2) *Suprà*, p. 22.

(3) Le fou furieux devait être lié. Cicéron, *Tuscul.*, II, 21. *Si turpis-*

conséquences que la folie de l'un des conjoints pouvait avoir sur la dissolution du mariage (1), et ces différences se conçoivent. Mais comprendrait-on que, seul, le furieux eût reçu des curateurs, et que l'idiot, par exemple, eût été dépourvu de toute protection? Qu'importe que le fou soit calme ou agité? Dans tous les cas, n'a-t-il pas le même besoin d'être secouru? Les mêmes raisons n'exigent-elles pas toujours que la gestion de son patrimoine soit assurée?

Il n'est pas moins indifférent que la folie soit continue ou intermittente. Si l'on pouvait rationnellement concevoir qu'il y eût à tenir compte de cette circonstance, il semble que ce devrait être plutôt pour faire une distinction diamétralement opposée à celle dont on attribue l'idée aux

sime se illa pars animi gerat..., vinciatur et constringatur amicorum propinquorumque custodiis. C'est là un usage qu'on retrouve dans l'ancienne Grèce et chez les Indous. LEIST, *Græco-ital. Rechtsgesch.*, § 11. Peut-être la loi des Douze-Tables imposait-elle expressément au curateur l'obligation de lier le furieux, pour le mettre hors d'état de nuire. M. Voigt pense que les mots *ast ei custos nec escit*, rapportés par Festus, v° *Nec*, faisaient partie d'une disposition de ce genre, et il rétablit ainsi le texte : AST EI CUSTOS NEC SIT, CONSTRINGITO : Voigt, *XII Tafeln*, I, p. 714 : II, § 165, n. 12. A l'époque impériale, nous voyons l'autorité publique intervenir, à défaut de la famille, pour prendre les mesures de précaution nécessaires. ULPIEN, D. I, 18, *De officio præsid.*, 13 § 1 : *Furiosis si non possint per necessarios contineri, eo remedio per præsidem obviam eundum est, scilicet ut carcere contineantur : et ita D. Pius rescripsit...* MACER, *eod. t.*, 14. MODESTIN, D. XLVIII, 9, *De lege Pompeia*, 9 § 2.

(1) ULPIEN, D. XXIV, 3, *Sol. matr.*, 22 § 7 : *Sin autem tantus furor est, ita ferox, ita perniciosus, ut sanitatis nulla spes supersit, circa ministros terribilis, et forsitan altera persona vel propter sævitiam furoris, vel, quia liberos non habet, procreandæ sobolis cupidine tenta est : licentia erit compoti mentis personæ furenti nuntium mittere...* D'ailleurs, dans ce dernier texte, l'interpolation est certaine. V. LENEL, *Palingen. jur.*, II, p. 643, n. 5. GRADENWITZ, *Interpolat.*, p. 60 et s. EISELE, dans la *Zeitschr. für Rechtsg.*, XX, p. 30.

Décemvirs. L'absence de curatelle pourrait à la rigueur se soutenir pour celui qui recouvre, par intervalles, la raison, et avec elle la capacité juridique. Mais il serait inexplicable que le fou le plus complètement atteint fût précisément celui que la loi aurait laissé sans défense.

A la vérité, il peut se faire que la loi se préoccupe particulièrement des intervalles lucides, dans la crainte que, revenu momentanément à la raison, sans avoir peut-être une intelligence assez éclairée ou une volonté assez ferme, le fou n'accomplisse des actes qui préjudicient à ses intérêts; c'est pour cela que certaines législations mettent le fou en état d'interdiction, et le frappent ainsi d'une incapacité qui persiste même dans les moments de lucidité. On s'est placé à ce point de vue pour expliquer que les Décemvirs aient exclusivement réservé la protection de la curatelle aux fous qui recouvraient, par intervalles, l'usage de leurs facultés : « Le *furiosus*, a-t-on dit, a des intervalles pendant lesquels il pourrait faire des actes qui compromettraient son patrimoine et nuiraient, plus tard, à ses héritiers; il faut donc l'en empêcher. Au contraire, la continuité même de la démence écarte tout danger pareil et rend les précautions superflues, parce qu'elle entraîne une incapacité naturelle qui subsiste aussi longtemps que le fou[1]. »

Cette explication est en désaccord avec les principes essentiels qui, de tout temps, à Rome, ont régi la condition juridique du fou. Si la loi avait voulu, en instituant la curatelle, garantir le fou contre les conséquences des actes qu'il pourrait faire pendant les intervalles lucides, elle aurait décidé que, même alors, il demeurerait incapable,

(1) Accarias, *Précis*, I, 4e éd., p. 433.

et que le curateur continuerait d'administrer; elle aurait institué un système analogue à l'interdiction, telle que nous la pratiquons aujourd'hui. Or tout autre est la théorie romaine. Il a toujours été admis que le fou devenait parfaitement capable, dès qu'il recouvrait, même momentanément, la raison. Devenu conscient de ses actes, il pouvait agir librement et compromettre ainsi la conservation de son patrimoine. Qu'il y eût là un danger, cela est certain, mais le droit romain ne semble pas s'en être préoccupé. M. Accarias accuse les Décemvirs d'avoir manqué de logique « en admettant que le *furiosus* recouvrerait sa capacité juridique pendant la durée des intervalles lucides (1). » Ce prétendu vice de logique démontre simplement l'inexactitude du motif sur lequel l'éminent auteur fait reposer l'ancienne curatelle du *furiosus*. Ainsi disparaît la prétendue raison d'être du système, vraiment injustifiable, qu'on prête à l'ancienne loi.

Peut-être essayera-t-on d'en donner une explication moins fragile, en alléguant simplement la dureté des mœurs primitives. La loi des Douze-Tables, dira-t-on, ne connaissait pas la pitié pour les faibles. Elle permettait de mettre à mort l'enfant difforme (2). Faut-il donc s'étonner qu'elle fût sans compassion pour les malheureux dont l'intelligence était absolument éteinte, pour les idiots? Le fou ne lui paraissait digne de sollicitude qu'autant qu'il conservait une dernière étincelle de raison.

(1) Accarias, *loc. cit.*, p. 433, n. 1. M. Accarias suppose que, d'après le droit des Douze-Tables, le curateur restait en fonctions pendant la durée des intervalles lucides, bien que le fou eût alors recouvré sa capacité. C'est un point sur lequel nous reviendrons *infrà*, p. 67-68.

(2) Cicéron, *De legibus*, III, 8, 19.

Assurément, ce n'était pas une loi compatissante que la loi des Douze-Tables, et les lacunes qu'elle présente dans l'organisation des curatelles suffiraient à le démontrer. Mais, il ne faut pas perdre de vue l'esprit dont elle était animée en cette matière. Même quand elle créait un régime de protection pour les fous, ce n'était pas un sentiment de pitié pour ces malheureux qui la guidait; c'était avant tout l'intérêt supérieur de la famille civile, de la *gens*. Il fallait veiller à la conservation des biens que le fou n'était pas capable d'administrer, pour que les agnats et les gentils, appelés éventuellement à succéder, pussent un jour recueillir l'héritage. Du moment que cet intérêt était engagé, la nécessité de la curatelle s'imposait, et par conséquent plus la folie du *paterfamilias* était complète, plus l'impossibilité d'administrer compromettait la conservation des biens, plus aussi était-il indispensable de remettre la curatelle aux agnats.

La distinction généralement admise n'est pas seulement impossible à justifier; on ne voit pas comment, en fait, elle aurait pu s'appliquer. Dès que la folie se déclarait, il fallait un criterium sûr, qui permît de décider si la curatelle des agnats devait s'ouvrir. Or quel criterium propose-t-on? L'état d'agitation ou la dépression mentale de l'aliéné. Mais tous les cas de folie peuvent-ils donc se ramener à ces deux types? Est-il impossible que le fou traverse successivement des périodes d'excitation et d'abattement? La continuité de la folie ou la réapparition momentanée de la raison. Mais, sait-on, lorsque la folie se manifeste, si l'intelligence est pour toujours éteinte, ou si elle doit briller encore à certains moments? Le plus souvent on l'ignore; l'avenir seul l'apprendra et, pourtant, c'est immédia-

tement qu'il faut organiser la protection de l'incapable.

Pour concevoir, à l'un ou à l'autre de ces deux points de vue, l'application pratique du système qu'on attribue aux Décemvirs, il faudrait admettre que les Romains avaient, en matière de maladies mentales, des connaissances ou des préjugés qui leur permettaient de classer ces maladies en deux catégories nettement tranchées. Mais qui soutiendra une telle hypothèse, et sur quoi pourrait-elle se fonder?

V. Dans un système, diamétralement opposé à celui que nous venons d'examiner, et soutenu, particulièrement en Allemagne, par les interprètes les plus autorisés (1), on considère le *demens* comme moins gravement atteint que le *furiosus*.

Le *furiosus*, dit-on, est absolument privé d'intelligence, c'est un fou; c'est de lui que les jurisconsultes disent : *non intelligit quod agit, nullum sensum habet.* Le *demens*, au contraire, conserve la faculté de comprendre, mais à un degré infime, c'est un faible d'esprit. On ne peut pas dire qu'il n'ait pas de volonté; il peut donner son assentiment à un acte; mais il commet de lourdes bévues, il cède à des motifs qui seraient sans action sur un homme doué de bon sens, il prend des décisions déraisonnables par lesquelles il se nuit à lui-même. C'est un sot, d'une sottise exceptionnelle, et qui ne manquera pas de se ruiner. La loi doit-elle venir à son secours? Les Décemvirs ne le pensèrent pas. Ils estimèrent qu'il suffisait d'être pourvu d'intelligence,

(1) Glück, *Pandect.*, XXXIII, p. 241-245. Savigny, *Syst.*, trad. Guenoux, III, p. 84-86, n. i. Rudorff, *Vormundschaft*, I, p. 118-123. Pernice, *Labeo*, I, p. 235. Windscheid, *Pandect.*, I, § 54, n. 11-13; II, § 446, n. 3. Arndts, *Pandect.*, § 37.

bien qu'à un très faible degré, pour être naturellement capable d'agir, et que la loi devait respecter cette capacité naturelle. Ils n'admirent d'exception à ce principe que lorsqu'il s'agissait d'un prodigue, et c'était dans bien des cas un secours dont la faiblesse d'esprit profitait, car il n'est pas rare qu'elle soit compagne de la prodigalité. Le préteur alla plus loin. Il étendit sa protection sur les faibles d'esprit, alors même qu'ils n'étaient pas à proprement parler des prodigues. C'est pour eux qu'il créa la curatelle du *demens*.

Dans cette opinion, comme dans celle que j'ai d'abord exposée, on admet l'incompatibilité des intervalles lucides avec l'état du *mente captus;* mais quant au *furiosus*, on ne pense pas que sa folie dût nécessairement comporter des intermittences : c'est, pour ce qui le concerne, une simple possibilité.

Ce système échappe aux diverses critiques que la doctrine dominante en France m'a paru encourir. L'idée qu'il nous donne de l'ancien état du droit et du progrès réalisé par la création de la curatelle dative n'a rien, par elle-même, que de parfaitement admissible. Bien plus, il faut tenir pour certain que les faibles d'esprit n'étaient pas mis en curatelle par la loi des Douze-Tables, et que le préteur leur donna des curateurs. Il y eut certainement une curatelle dative des faibles d'esprit; mais est-ce bien cette curatelle qu'on appelle *cura dementis,* ou *cura mente capti?* Je ne le pense pas. Le véritable nom du faible d'esprit est *fatuus;* nous avons relevé cette expression dans plusieurs textes de Gaius [1]. Quant au *demens*, ou *mente captus*, ce n'est pas un faible d'esprit, c'est un fou. Les noms qu'il

(1) *Suprà*, p. 13, n. 2.

porte n'expriment pas la faiblesse, mais l'aberration des facultés mentales. Nous l'avons montré déjà : l'étymologie de ces noms, la définition qu'en donne Festus, l'emploi qu'en font les auteurs latins dans la langue littéraire comme dans la langue juridique, tout nous a prouvé qu'ils se référaient bien à l'aliénation mentale proprement dite. Nous avons vu que, dans leur sens le plus large, ils s'appliquaient à toute espèce d'aliénés, et étaient synonymes du mot *furiosus,* ainsi entendu ; aussi ne puis-je croire que, dans le sens plus étroit qu'on leur donnait en les opposant à *furiosus,* ils ne servissent pas aussi à désigner une véritable folie : folie d'un genre particulier sans doute, mais qui ne doit pas être confondue avec la faiblesse d'esprit (1).

(1) M. Cuq, dans le très remarquable ouvrage qu'il vient de publier sur l'ancien droit romain, reconnaît que le *mente captus* est un fou, mais il propose de l'identifier avec le *furiosus*. « La folie, dit-il, est caractérisée par un état permanent de fureur, de démence ou d'imbécilité : c'est, dit Cicéron, un complet aveuglement de l'esprit. Cette définition convient au *mente captus* aussi bien qu'au *furiosus*. Elle ne s'applique pas à l'insensé, *insanus*. Cicéron désigne ainsi l'homme qui, sous l'empire de la passion, n'est plus maître de lui-même, ou bien encore celui qui commet des sottises, parce que ses facultés ne sont pas parfaitement équilibrées » (*Les institutions juridiques des Romains, L'ancien droit*, 1891, p. 312). Si j'entends bien la pensée de mon savant collègue, il n'y aurait à faire, en ce qui concerne l'application de la curatelle légitime, aucune distinction entre le *furiosus* et le *mente captus*. Le fou était, dans tous les cas, soumis à la curatelle des agnats. Le faible d'esprit seul y échappait. M. Cuq aboutit au même résultat pratique que les partisans du système généralement suivi en Allemagne, mais au prix d'une assimilation complète entre les deux expressions *furiosus* et *mente captus* (et sans doute aussi *demens*). Cette assimilation ne me paraît pas soutenable. Je me contenterai de renvoyer aux divers textes d'où il résulte que le *mente captus* ou *demens* recevait des curateurs nommés par le magistrat, et de rappeler la controverse soulevée entre les jurisconsultes par le rescrit de Marc-

VI. Les auteurs qui font cette confusion se fondent sur le passage des Tusculanes où Cicéron nous apprend en quels termes la loi des Douze-Tables consacrait la curatelle du fou (1). Il était écrit : *Si furiosus escit,* et non *si insanus*. Les Décemvirs ont pensé que la simple sottise (*stultitia, insania stultitiæ juncta*) ne suffisait pas à justifier la mise en curatelle, et qu'elle n'enlevait pas la capacité nécessaire pour accomplir les actes ordinaires de la vie. *Stultitiam enim censuerunt, constantia id est sanitate vacantem, posse tamen tueri mediocritatem officiorum et vitæ communem cultum atque usitatum.* L'état mental que Cicéron oppose ainsi à la folie proprement dite (*furor*) est celui d'un homme qui a l'esprit extrêmement borné, mais qui cependant peut à la rigueur prendre part à un acte juridique; c'est la faiblesse d'esprit.

Si tel était le sens de ce passage, il serait évidemment impossible de soutenir que le *demens* est un véritable aliéné. Les auteurs qui considèrent la *dementia* comme un état de complète intelligence, sans intervalle de lucidité, paraissent fort embarrassés par la phrase : *stultitiam enim censuerunt...* Comment les Décemvirs auraient-ils pu penser que l'idiot avait une suffisante capacité pour les actes même les plus vulgaires de la vie? On se contente parfois de dire que Cicéron a inexactement motivé l'ancienne règle qui n'admettait pas de curatelle pour la folie permanente (2), mais ce qu'on prête ainsi à Cicéron est plus qu'une

Aurèle, que les uns appliquaient seulement au *mente captus*, tandis que d'autres l'étendaient au *furiosus*. V. *suprà*, p. 15, 22-23. Quant au passage de Cicéron, sur lequel se fonde M. Cuq, nous allons l'examiner.

(1) Cicéron, *Tusc.*, III, 5.

(2) Accarias, *Précis*, I, 4e éd., p. 432, n. 4.

inexactitude, c'est, pour dire le mot, une absurdité, et il faudrait de bien fortes raisons pour nous faire admettre qu'en cet endroit des Tusculanes le grand écrivain avait lui-même un peu perdu l'esprit. Il faut chercher une autre explication.

La vérité est, il me semble, que le passage des Tusculanes n'a pas, au point de vue juridique, la portée qu'on a voulu lui donner. On en a faussé le sens, en citant isolément les quelques phrases où la folie prévue par la loi est comparée à ce que Cicéron appelle *stultitia*, *insania*. Voici ce texte. Je le cite ici, presque en entier, malgré l'ampleur toute cicéronienne du développement.

> Cicéron, *Tuscul.*, III, 4. — A. Videtur mihi cadere in sapientem aegritudo. — M. Num reliquæ quoque perturbationes animi, formidines, libidines, iracundiæ? Hæc enim fere sunt ejus modi, quæ Græci πάθη appellant... Hæccine igitur cadere in sapientem putas? — A. Prorsus existimo. — M. Næ ista gloriosa sapientia non magno æstimanda est, siquidem non multum differt ab insania. — A. Quid? tibi omnisne animi commotio videtur insania? — M. Non mihi quidem soli : sed, id quod admirari sæpe soleo, majoribus nostris hoc ita visum intelligo multis sæculis ante Socratem... — A. Quonam tandem modo? — M. Quia nomen insaniæ significat mentis ægrotationem et morbum, id est insanitatem et ægrotum animum, quam appellarunt insaniam. Omnes autem perturbationes animi morbos philosophi appellant, negantque stultum quemquam his morbis vacare. Qui autem in morbo sunt, sani non sunt : et omnium insipientium animi in morbo sunt : omnes insipientes igitur insaniunt. Sanitatem enim animorum positam in tranquillitate quadam constantiaque censebant : his rebus mentem vacuam appellarunt insaniam, propterea quod in perturbato animo, sicut in corpore, sanitas esse non potest. — 5. Nec minus illud acute, quod animi

affectionem, lumine mentis carentem, nominaverunt amentiam eamque dementiam. Ex eo intelligendum est, eos, qui hæc rebus nomina posuerunt, sensisse hoc idem, quod a Socrate acceptum diligenter stoïci retinuerunt, omnes insipientes esse non sanos... Ita fit ut sapientia, sanitas sit animi : insipientia autem quasi insanitas quædam, quæ est insania eademque dementia, multoque melius hæc notata sunt verbis Latinis quam Græcis... Nihil melius quam quod est in consuetudine sermonis Latini, quum exisse ex potestate dicimus eos, qui effrenati feruntur aut libidine aut iracundia... Qui igitur exisse ex potestate dicuntur, idcirco dicuntur quia non sunt in potestate mentis, cui regnum totius animi a natura tributum est. Græci autem μανίαν unde appellent, non facile dixerim. Eam tamen ipsam distinguimus nos melius, quam illi. Hanc enim insaniam, quæ juncta stultitiæ patet latius, a furore distinguimus. Græci volunt illi quidem, sed parum valent verbo : quem nos furorem, μελαγχολίαν illi vocant, quasi vero atrabili solum mens, ac non sæpe vel iracundia graviore vel timore, vel dolore moveatur : quo genere Athamantem, Alcmæonem, Ajacem, Orestem furere dicimus : qui ita sit affectus, eum dominum esse rerum suarum vetant duodecim tabulæ. Itaque non est scriptum, SI INSANUS, sed si FURIOSUS ESCIT. Stultitiam enim censuerunt, constantia id est sanitate vacantem, posse tamen tueri mediocritatem officiorum et vitæ communem cultum atque usitatum. Furorem autom esse rati sunt mentis ad omnia cæcitatem. Quod quum majus esse videatur, quam insania, tamen ejusmodi est, ut furor in sapientem cadere possit, non possit insania.

Le philosophe soutient cette thèse, empruntée à la doctrine stoïcienne, que le sage ne doit pas se laisser émouvoir par la passion. Le chagrin, la peur, la concupiscence, la colère sont autant de troubles de l'âme, *perturbationes animi,* des maladies, πάθη, comme les appellent les Grecs ; et Cicéron passe en revue les diverses expressions, très si-

gnificatives, qui, dans la langue latine, servent à les désigner. Celui qui ne possède pas la sagesse est *insanus*, c'est-à-dire, dans le véritable sens du mot, malade, *non sanus*, car la sagesse est la véritable santé de l'âme. Cet état de maladie s'appelle aussi *dementia, amentia;* car la lumière de la raison (*lumen mentis*) disparaît là où domine la passion. On dit encore de ceux qui se laissent emporter par les mouvements de leur âme qu'ils sont sortis de puissance, *exisse ex potestate*, parce qu'ils ne sont plus sous la puissance de la raison. Lorsque la raison ne commande plus, il n'y a plus que folie, μανία, comme disent les Grecs. Cicéron termine cette dissertation, tout à la fois philosophique et philologique, en observant que la langue latine distingue, avec plus de précision que ne fait la langue grecque, les différents genres de folie. Il y a la folie proprement dite, celle que les Grecs ont le tort d'appeler μελαγχολία, comme si elle avait pour cause unique la bile noire, et ne pouvait tenir à quelque mouvement passionné de l'âme, tel que la colère, la crainte, la douleur; c'est celle dont furent frappés Athamas, Alcméon, Ajax, Oreste, celle que la loi des Douze-Tables a prévue, celle qui consiste dans la privation complète de la raison : *mentis ad omnia cæcitas*. Il y a une autre folie, que Cicéron appelle *stultitia, insania stultitiæ juncta;* elle n'est autre chose que la privation de cette vertu, de cette fermeté d'âme, qui constitue la santé morale : *stultitiam constantia, id est sanitate vacantem* (1).

On le voit : ce ne sont pas de véritables aliénés, ce ne

(1) Certaines éditions donnent une autre leçon moins satisfaisante : *Inconstantiam, id est sanitate vacantem.* Voy. Cicéron, éd. Lemaire, III, p. 262, n. 15. D'ailleurs, le sens est le même.

sont même pas des faibles d'esprit que Cicéron oppose aux *furiosi;* ce sont tous ceux qui ne savent pas garder l'inaltérable sérénité du sage, tous ceux dont l'âme est agitée par les passions, c'est-à-dire tous les hommes, ou peu s'en faut. On reconnaît, dans cette façon de généraliser la folie, le paradoxe de l'école stoïcienne, celui que le moins stoïcien des poëtes a développé dans la satire célèbre où il démontre que tous les hommes sont fous (1). Un médecin du ve siècle, Cælius Aurelianus, relève cette doctrine parmi celles que les philosophes ont soutenues sur la nature des maladies mentales, et il la résume ainsi : *Stoici duplicem furorem dixerunt, alium insipientiæ genus, quo omnem imprudentem insanire probant; alium ex alienatione mentis et corporis compassione* (2). OMNEM IMPRUDENTEM : voilà bien les fous dont nous parle Cicéron; ce sont tous ceux qui ne sont pas des sages.

S'il en est ainsi, on comprend que ce genre de folie ait été jugé parfaitement compatible avec la capacité juridique, et que Cicéron ait pu dire : *stultitiam censuerunt... posse tamen tueri mediocritatem officiorum...* Cette proposition est absolument dénuée de sens pour ceux qui pensent que notre auteur parle de véritables aliénés; elle est un peu moins incompréhensible, si l'on suppose qu'il a en vue les faibles d'esprit; mais elle ne devient parfaitement claire et satisfaisante pour l'esprit, que si l'on restitue à la pensée de Cicéron sa portée philosophique.

Le trait final qui termine ce développement achève de démontrer l'exactitude de l'interprétation que je propose.

(1) HORACE, *Sat.*, II, 3.
(2) CÆL. AUREL., *De morb. chron.*, I, 5.

Cicéron, poursuivant le parallèle des deux états d'esprit qu'il compare, observe qu'il est plus grave d'être *furiosus* que d'être *insanus*, et que cependant le sage peut être frappé de *furor*, tandis que l'*insania* ne saurait l'atteindre. Les auteurs qui cherchent dans ce texte une antithèse entre le fou qui a des intervalles lucides et celui qui n'en a pas, ne peuvent expliquer rationnellement que le sage soit mieux garanti contre la folie permanente que contre les autres sortes d'aliénation; ils accusent, ici encore, d'inconséquence notre philosophe (1). La pensée de Cicéron n'est guère plus intelligible pour ceux qui traduisent *insanus* par faible d'esprit; on ne voit pas pourquoi l'affaiblissement des facultés mentales ne pourrait pas, aussi bien que la folie véritable, attaquer l'âme d'un sage. Ce que veut dire Cicéron, c'est qu'il dépend de l'homme de s'affranchir des passions et que le sage sait se garder de leur atteinte, tandis que la folie est un mal contre lequel la volonté est impuissante (2).

En résumé, ce n'est pas au passage des Tusculanes, toujours cité dans la controverse où nous nous sommes engagés, qu'il faut demander la définition juridique de la démence. Il n'y a, dans ce texte, autre chose qu'une antithèse entre la folie proprement dite et la passion ou l'absence de sagesse.

(1) ACCARIAS, *Précis*, I, 4e éd., p. 432, n. 4.

(2) La même pensée est exprimée dans un autre passage des Tusculanes, voisin de celui qui nous occupe (III, 3, 5) : *animi... qui se sanari voluerint præceptisque sapientum paruerint, sine ulla dubitatione sanentur.* — C'est la doctrine stoïcienne, et voici comment DIOGÈNE LAERCE l'expose (VII, 118) : ... οὐ μανήσεσθαι· προσπεσεῖσθαι μέντοι ποτὲ αὐτῷ φαντασίας ἀλλοκότους διὰ μελαγχολίαν ἢ λήρησιν, οὐ κατὰ τὸν τῶν αἱρετῶν λόγον, ἀλλὰ παρὰ φύσιν. « Le Sage ne commet pas de folies. A la vérité il peut être envahi par d'absurdes imaginations, sous l'influence de la mélancolie ou du délire; mais ce n'est pas du fait de sa volonté, c'est du fait de la nature. »

On trouve, chez un auteur du cinquième siècle, Isidore de Séville, une autre comparaison des mots *furor* et *insania,* qui ne me paraît pas avoir, au point de vue juridique, plus d'importance que celle de Cicéron, et qui d'ailleurs pourrait bien avoir été inspirée à l'érudit évêque de Séville par une réminiscence des Tusculanes : *Inter furorem et insaniam hoc interest, quod furor vitium temporis est, insania perpetua* (1). Il ne faudrait pas chercher dans cet aphorisme la confirmation de l'opinion qui considère l'existence d'intervalles lucides comme la caractéristique de l'état mental du *furiosus*. Ce qu'Isidore appelle *insania,* ce n'est pas une véritable folie, c'est la sottise, et il constate avec raison qu'elle est incurable. On guérit parfois de la folie, mais hélas ! les sots ne guérissent pas. Quant au *demens,* le même auteur en donne une définition que j'examinerai bientôt : elle se rapporte à un ordre d'idées, où me paraît être précisément l'explication de l'énigme qu'il s'agit de déchiffrer.

C'est à cette explication que j'arrive enfin. Nous avons écarté les opinions entre lesquelles se divisent les commentateurs. Tâchons de découvrir maintenant la véritable solution du problème.

VII. Dans l'opinion généralement enseignée en France, on suppose que, sciemment et volontairement, la loi des Douze-Tables aurait distingué deux sortes d'affections mentales, pour réserver exclusivement à l'une d'elles la protection de la curatelle légitime. N'y a-t-il pas un moyen moins invraisemblable d'expliquer en cette matière l'insuffisance de l'ancienne loi? N'est-il pas plus rationnel de supposer que, si les Décemvirs parlèrent seulement du *fu-*

(1) Isidore, *Differ.*, II, 30.

riosus, c'est qu'à l'époque des Douze-Tables on ne croyait pas que la folie pût exister en dehors du cas de *furor?* Le progrès que réalisa le préteur en instituant la curatelle du *demens* ne tiendrait-il pas à ce qu'on finit par reconnaître une nouvelle forme de l'aliénation, primitivement méconnue? Je crois, en effet, que la distinction du *furiosus* et du *demens* doit être rattachée aux changements qui se produisirent dans la manière de comprendre la folie.

Il n'est pas nécessaire de remonter au temps des Douze-Tables pour constater qu'il est possible de se faire une idée plus ou moins large de l'aliénation mentale. De nos jours encore, la question de savoir si telle personne est saine d'esprit ou a perdu la raison n'est pas de celles que le vulgaire et les hommes compétents s'accordent unanimement à résoudre. Qu'un homme accomplisse des actes extravagants, qu'il prononce des paroles incohérentes, qu'il tienne des discours à des êtres imaginaires et ne reconnaisse pas les personnes ou les choses dont il est entouré, ou encore que son attitude et son regard révèlent en lui l'imbécilité, l'absence de toute pensée, tout le monde dira : voilà un fou. Mais en dehors de ces signes extérieurs, qui rendent manifeste la privation de la raison, la folie peut-elle exister? L'opinion commune tend à le nier. C'est un préjugé populaire, que la folie implique nécessairement la ruine complète de l'intelligence, et qu'un aliéné ne peut rien dire, ni rien faire qui ne porte la marque de l'aberration (1). C'est au contraire un fait admis

(1) C'est le préjugé vulgaire, disons-nous, mais d'éminents esprits l'ont partagé. Voyez A. Tardieu, *Étude médicale légale sur la folie*, 1872, et les citations de Maine de Biran, de Troplong, etc., qui se trouvent dans l'Introduction de ce livre.

par la science, que souvent la folie se dissimule sous les apparences de la raison. Il y a des fous qui tiennent des propos sensés, et sont capables de suivre un raisonnement d'après les règles ordinaires de la logique; c'est seulement lorsqu'ils abordent un certain ordre d'idées que le mal dont ils souffrent se manifeste. Leur folie est partielle; elle se concilie avec la faculté générale de comprendre et de raisonner. C'est, comme l'appellent les aliénistes modernes, une monomanie, une folie lucide, une folie raisonnante.

Si on recherche, en se plaçant à ce point de vue, quelle idée les Romains ont dû se faire de la folie, il ne paraîtra pas invraisemblable que cette idée ait varié avec le temps, et que, très étroite à l'origine, elle se soit peu à peu élargie et complétée. C'est par cette évolution que j'essayerai d'expliquer la distinction des deux formes d'aliénation mentale, la fureur et la démence.

VIII. Reportons-nous aux anciens temps de Rome, à cette époque où la médecine s'exerçait dans les temples et se confondait avec le culte des divinités médicales (1). La folie était alors, plus que toute autre maladie, rattachée à l'influence divine. Elle passait pour un fait d'ordre surnaturel (2). On croyait qu'un dieu s'emparait de l'aliéné, pour

(1) Sprengel, *Histoire de la médecine*, trad. Jourdan, 1815, I, p. 170 et suiv. Dr Gauthier, *Recherches sur l'exercice de la médecine dans les temples*, 1844. Littré, *Œuvres complètes d'Hippocrate*, 1839, I, p. 9-10. Daremberg, *De l'état de la médecine entre Homère et Hippocrate*, dans la *Revue archéologique*, XVIII, 1868 et XIX, 1869. Paul Girard, l'*Asclepieion d'Athènes*, 1881.

(2) Voigt, *XII Tafeln*, II, § 165, n. 1-7. — C'est une idée commune à tous les peuples primitifs, que cette explication théologique des mala-

le châtier, pour lui faire expier quelque crime (1), et agissait mystérieusement en lui. Le fou était un possédé, et on le traitait par l'exorcisme : on offrait au dieu des sacrifices expiatoires (*piationes*) pour obtenir qu'il abandonnât sa proie (2). Les diverses sortes d'aliénés portaient alors les noms mêmes des divinités qui les tourmentaient. On les appelait *furiosi, cerriti, larvati, lymphati* (3), pour exprimer

dies mentales. On la rencontre en Grèce comme à Rome. Elle se manifeste dans le plus ancien droit de l'Inde. Voy. ZIMMER, *Altindisches Leben*, 1879 : Wahnsinn war Folge eines Vergehens gegen die Götter (devainasa).

(1) Cette idée d'un châtiment est encore exprimée par CICÉRON, *De harusp. resp.*, 18, 39 : *a Diis quidem immortalibus quæ potest homini major esse pœna furore atque dementia?* et par MODESTIN, D. XLVIII, 9, *De lege Pompeia de parric.*, 9 § 2 : *sane si per furorem aliquis parentem occiderit, impunitus erit, ut divi Fratres rescripserunt super eo qui per furorem matrem necaverat : nam* SUFFICERE FURORE IPSO EUM PUNIRI... Le fou qui commet un parricide ne tombe pas sous l'application de la loi; la folie est déjà pour lui un châtiment suffisant.

(2) FESTUS, *De Verb. signif.* : *PIARI eos, veluti proprio verbo, ait Verrius, qui parum sunt animati, cum mentis suæ non sint, et per quædam verba liberantur incommodo. PIATRIX dicebatur sacerdos, quæ expiare erat solita, quam quidam simulatricem, alii sagam, alii expiatricem vocant, et PIAMENTA etiam dicebantur, quibus in expiando utitur.* Il résulte d'un passage de PLAUTE (*Ménechm.*, act. III, sc. 2, v. 279-283), que, pour obtenir la délivrance du fou, on avait coutume d'offrir des porcs en sacrifice (*porci sacres*) :

MEN. *Responde mihi,*
Adolescens, quibus hic pretiis porci veneunt
Sacres sinceri? CYL. *Nummo.* MEN. *Eum a me accipe.*
Jube te piari de mea pecunia.
Nam ego quidem insanum esse te certo scio...

(3) Les mots *cerriti, larvati, lymphati*, se trouvent encore dans plusieurs passages de Plaute, de Virgile et d'Horace (PLAUTE, *Ménechm.*, V, 4, 875; *Casina*, III, 4, 571; *Capt.*, III, 4, 593, etc. VIRGILE, *Æn.*, VII, 377. HORACE, *Sat.*, II, 3, 278). Les définitions qui en sont données,

qu'ils étaient possédés par les Furies, par Cérès, par les Larves, par les Lymphes. C'est la plus ancienne classification des maladies mentales. Les médecins du temps, placés en présence d'un aliéné, se demandaient, comme un médecin de comédie, dans une scène célèbre des Ménechmes :

Num larvatus aut cerritus (1).

Est-ce un *larvatus?* Est-ce un *cerritus?* En d'autres termes, quelle est la divinité qui le possède?

Des divers noms qu'on donnait au fou, celui de *furiosus* reçut un sens général, et c'est celui que la loi des Douze-Tables employa. Il exprime très nettement le caractère surnaturel de la folie. Ce qu'on appelle *furor,* à proprement parler, c'est l'état d'une âme dont un dieu s'est emparé et qu'il meut à sa guise. Cicéron nous le dit : *furor appellatus cum a corpore animus abstractus divino instinctu concitatur* (2). Le mot *furor* désigne à la fois l'aliénation mentale proprement dite, et l'inspiration divine, qui dicte aux devins des oracles et aux poëtes des chants. Cette double acception précise très bien le sens : les fous sont, comme les poëtes et les devins, des possédés.

Une telle conception de la folie ne permettait de consi-

principalement par les grammairiens et les scoliastes anciens, en font bien ressortir le sens religieux. Nonius Marcellus, éd. Quicherat, 1872, 44. 22-27 : *cerriti et larvati male sani et aut Cereris ira aut Larvarum incursatione animo vexati.* Acron, sur Horace, *loc. cit.* (*Sat.*, II, 3, 278) : *cerriti proprie dicuntur qui a Cerere percussi sunt.* Voy. d'autres définitions analogues, très nombreuses, citées par M. Voigt, *XII Tafeln,* II, § 165, n. 4.

(1) Plaute, *Ménechm.*, V, v. 875.

(2) Cicéron, *De divin.*, I, 31.61.

dérer comme fous que ceux qui avaient totalement perdu la raison. S'il est vrai que, dans le fou, il y ait une divinité, et que toutes les paroles qu'il semble prononcer, tous les gestes qu'il semble faire émanent d'elle, il en résulte nécessairement que son intelligence et sa volonté ne sont plus rien, qu'elles sont comme anéanties sous la domination du dieu. Aussi considéra-t-on le fou comme un être en qui la raison avait complètement disparu. On ne dut pas traiter comme tels ceux qui conservaient encore la faculté de suivre un raisonnement et d'échanger des idées, alors même qu'ils donnaient sur certains points des preuves plus ou moins apparentes d'un dérangement intellectuel. On ne dut pas voir, dans les bizarreries et les extravagances des monomanes, les manifestations d'une folie véritable. Il n'y a, à ce qu'il me semble, aucune témérité à supposer, chez les anciens Romains, l'existence d'un préjugé qui, même de nos jours, n'a pas absolument disparu, et qui était d'ailleurs en parfaite harmonie avec les croyances religieuses du temps. Expliquer la folie par la possession conduit nécessairement à nier la folie toutes les fois qu'il ne peut venir à l'esprit qu'on est en présence d'un véritable possédé.

IX. Les anciennes croyances déclinèrent de plus en plus, à partir du jour où les Romains s'ouvrirent à la civilisation hellénique. La science, la philosophie et aussi les mœurs nouvelles qui pénétrèrent alors dans Rome, conspirèrent à faire prévaloir, au sujet des maladies mentales, des idées moins étroites que celles dont la loi des Douze-Tables s'était inspirée. Je ne prétends assurément pas qu'en cette matière la superstition ait jamais abdiqué

ses droits; elle fit même des progrès et se renouvela, pour ainsi dire, à l'époque impériale, sous l'influence des croyances et des pratiques mystérieuses de l'Orient (1); mais ce qu'il faut reconnaître, c'est qu'une conception plus rationnelle de la folie se fit jour chez les esprits éclairés.

D'abord, la médecine, qu'Hippocrate fonda peu après l'époque des Décemvirs, mais que les Romains n'accueillirent guère avant le septième siècle (2), enseignait qu'aucune maladie ne doit être expliquée par l'intervention des dieux, et que la folie, comme toute autre maladie, tient à des causes naturelles (3). Ce principe servit de base à une

(1) MARQUARDT, *Le culte*, trad. Brissaut, I, p. 128.

(2) LECLERC, *Hist. de la médecine*, la Haye, 1739, p. 382 et s., 392 et s. SPRENGEL, *Hist. de la médecine*, trad. Jourdan, I, p. 190 et s., II, p. 3 et s. MARQUARDT, *Privatleben*, 1882, p. 750-751. C'est en l'an 535 que pour la première fois un médecin grec, Archagatus, vint à Rome exercer sa profession. Encore n'y eut-il guère de succès; il fut promptement décrié pour la façon cruelle dont il traitait ses malades. C'était sans doute un chirurgien trop hardi. Un siècle plus tard seulement, un médecin plus habile, Asclépiade de Bithynie, que Sprengel appelle le modèle des charlatans modernes, parvint à faire accepter aux Romains la médecine étrangère. RAYNAUD, *De Asclepiado Bithyno, medico et philosopho*, thèse. Paris, 1862.

(3) Voyez notamment le traité περὶ ἱερῆς νούσου, *De morbo sacro*, attribué à Hippocrate. *Œuvres d'Hippocrate*, trad. Littré, I, p. 353. — On a soutenu à tort qu'Hippocrate admettait encore, dans l'explication des maladies, l'influence des causes surnaturelles. Voy. LECLERC, *Hist. de la méd.*, p. 148-149. Dr COUTAGNE, *La folie au point de vue judiciaire et administratif*, Lyon, 1888, p. 24-25. On relève cependant, dans les écrits hippocratiques, plusieurs passages où paraît être reconnue l'efficacité des prières et des sacrifices, pour la guérison des malades. L'auteur de l'opuscule intitulé *du régime*, conseille, comme remède à la mélancolie, d'adorer les dieux. Il engage cependant ceux qui ont des songes fâcheux et veulent y échapper, à ne pas se fier uniquement à la prière. Voy. P. GIRARD, l'*Asclepieion d'Athènes*, p. 86-87. — Sur les

science des maladies mentales, sans doute encore imparfaite à bien des égards, mais qui cependant, d'après le jugement de savants très autorisés, procédait suivant la véritable méthode et parvint à des résultats remarquables (1). Il y eut, particulièrement dans les deux premiers siècles de l'Empire, de véritables aliénistes, tels qu'Arétée de Cappadoce, qu'on a surnommé l'Esquirol de l'antiquité (2), et il n'est pas douteux que ces savants ne se soient fait de l'aliénation mentale une idée beaucoup plus large que celle que les décemvirs avaient empruntée aux croyances populaires. Nous le constaterons bientôt, en examinant un très curieux passage du traité de Celse *De medicina.*

tendances philosophiques de la médecine grecque, voy. Emm. CHAUVET, *La philosophie des médecins grecs*, Paris, 1886.

(1) Dr TRÉLAT, *Recherches historiques sur la folie*, 1839. Dr COUTAGNE, *La Folie*, 1888, p. 24-25. Ce qu'il y avait de très imparfait, de très grossier dans la médecine antique, c'était la thérapeutique, comme le montrait récemment un savant professeur de Lyon, le Dr LÉPINE (*La thérapeutique sous les premiers Césars*, Lyon, 1890). Mais les descriptions de maladies que nous ont laissées les anciens sont, paraît-il, d'une grande exactitude et témoignent d'une méthode d'observation scrupuleuse. Cela est particulièrement vrai des maladies mentales. D'après le jugement porté par le Dr Trélat dans l'ouvrage que j'ai cité, les écrits des médecins anciens révèlent « une profonde connaissance de ces maladies. » *Loc. cit.*, p. 134.

(2) « Les ouvrages d'Arétée contiennent, dit le Dr COUTAGNE (*l. c.*), plus d'une page que nos aliénistes seraient heureux de signer sans correction. » J'y relève ce passage où Arétée décrit, comme une simple maladie mentale, le délire religieux, qu'on devait être particulièrement porté à expliquer par l'intervention divine : « Il y a une espèce de manie où l'on voit ceux qui en sont atteints se déchirer le corps ou se faire des incisions dans les chairs, poussés par une pieuse fantaisie, comme s'ils se rendaient par ce moyen plus agréables aux dieux qu'ils servent, et que ces dieux exigeassent cela d'eux... » Cité d'après LECLERC, *Hist. de la méd.*, p. 514.

Il y avait d'autre part une école philosophique qui étendait aussi loin que possible les limites de la folie, et qualifiait d'insensés tous ceux qui ne savaient pas maîtriser leurs passions : c'était, nous l'avons vu, le stoïcisme, et on sait que les principes de cette philosophie n'ont pas été sans action sur le développement de la jurisprudence romaine. Sans doute la thèse stoïcienne était trop absolue, trop paradoxale pour pouvoir pénétrer dans la pratique du droit; mais on accordera bien qu'elle dut exercer sur les esprits une certaine influence, et les disposer à reconnaître, à côté de la folie définie d'après la loi des Douze-Tables, de nouveaux cas d'aliénation.

Enfin, qu'on songe aux mœurs nouvelles qui s'introduisirent dans Rome, à l'époque où les conquérants de la Grèce, séduits par elle, se livrèrent avec une sorte d'emportement, à un luxe jusqu'alors inouï et à tous les raffinements d'une civilisation avancée. Qu'on réfléchisse à l'effet que ces mœurs durent inévitablement produire sur la mentalité publique, à l'accroissement qu'elles durent entraîner dans le nombre des maladies cérébrales, peut-être même dans la variété de leurs manifestations. On comprendra que le préteur ait apprécié alors, bien mieux qu'il n'avait été possible de le faire dans les premiers temps de la cité, la diversité des formes que l'aliénation mentale est susceptible de revêtir; on comprendra qu'il ait jugé trop étroite l'ancienne conception de la folie, et qu'il ait été amené, par les nécessités pratiques, à la compléter, conformément aux enseignements de la philosophie et de la science. La loi ne protégeait que les fous totalement privés de raison ; le préteur osa donner des curateurs pour cause de démence, alors que la raison n'avait pas complètement

disparu. C'est ainsi que j'essayerai d'expliquer la réforme prétorienne. Ce sont les fous atteints de folie partielle, les monomanes en proie à quelque idée fixe, qui furent secourus sous le nom de *dementes* ou *mente capti* (1).

Ce nouveau genre de folie, où j'espère démontrer qu'il faut reconnaître la *dementia,* a des limites difficiles à déterminer. Il est possible de les étendre fort loin. De nos jours, beaucoup de savants nous représentent le nombre des gens réputés sains d'esprit et en réalité atteints de folie, comme extrêmement considérable; ils arrivent, scientifiquement, à des conclusions comparables à celles que formulait jadis, pour d'autres raisons, la philosophie stoïcienne (2). Cette manière de comprendre la démence aurait fourni à la curatelle dative un très large champ d'application. Mais je ne vais pas jusqu'à penser que le préteur l'ait admise. Je ne prétends pas soutenir qu'il ait, d'une manière générale, assimilé à la folie le fait de s'abandonner sans mesure à ses passions (3). Il fallait certainement autre

(1) Les diverses causes auxquelles je viens de rattacher le progrès qui consista à reconnaître une forme nouvelle de l'aliénation mentale, se ramènent toutes, en somme, à l'influence de la civilisation grecque. Mais y avait-il en Grèce, et particulièrement à Athènes, quelque principe de droit à l'imitation duquel la nouvelle *cura dementis* put être créée ? La connaissance que nous avons de la condition juridique des aliénés, dans le droit attique, est trop imparfaite pour qu'il nous soit possible de l'affirmer. — Sur la γραφὴ παφανοίας, voy. MEIER et SCHÖMANN, *Attisch. Prozess,* p. 296; LIPSIUS, 1887, II, p. 566. PLATNER, *Prozess und Klagen bei den Attik.,* II, p. 242 et s.

(2) On peut citer tel traité moderne de la folie, où les passions et les vices de l'humanité sont décrits comme autant de variétés de l'aliénation mentale. — Dr TRÉLAT, *La folie lucide.*

(3) Nous verrons cependant qu'afin de mettre en curatelle les prodigues soustraits à l'application de l'ancienne loi, le préteur les considéra comme

chose, pour que l'organisation d'une *cura dementis* fût justifiée. Cette curatelle était instituée pour des fous, atteints d'une folie véritable, bien que limitée à certains objets; c'était la curatelle des monomanes. Elle supposait des faits caractéristiques, des bizarreries de conduite ou de langage, suffisant à révéler sous l'apparence d'un esprit généralement bien ordonné un réel désordre mental.

X. Horace va nous en fournir un exemple. Il nous parle, dans la satire que j'ai déjà citée, d'un homme qui chérit une brebis, la choie comme sa propre fille, la promène en litière, la couvre de riches vêtements et de bijoux, met à son service une esclave, l'appelle des noms les plus tendres, *pupa, pupilla,* et enfin projette de l'unir à un valeureux époux. C'est un fou, sans doute, mais la loi ne le traite pas comme tel; car c'est le préteur, nous dit Horace, qui lui enlèvera ses droits et le mettra en curatelle.

Horace, *Sat.*, II, 3, v. 214-218.

Si quis lectica nitidam gestare amet agnam,
Huic vestem, ut gnatæ, paret, ancillam paret, aurum,
Pupam aut pupillam appellet, fortique marito
Destinet uxorem, interdicto huic omne adimat jus
Prætor, et ad sanos abeat tutela propinquos.

Voilà un de ces esprits malades que l'ancienne loi ne considérait pas comme aliénés, mais que le préteur voulut protéger. Voilà un monomane, un *demens,* un *mente captus*.

En général, c'est à propos de l'interdiction des prodigues,

des fous, et nous reconnaîtrons qu'au moins dans cette hypothèse, et pour empêcher le dissipateur d'anéantir son patrimoine, le droit nouveau a appliqué dans sa rigueur l'idée stoïcienne.

non à propos de la curatelle du *demens* que les auteurs modernes citent ce passage d'Horace (1). Mais il y a là, à mon avis, une méprise. On a tort de conclure du mot *interdicto* qu'il s'agit ici d'un prodigue interdit. Le langage de la poésie n'est pas le langage du droit; il ne comporte pas une précision rigoureuse. Tout le monde reconnaîtra que le mot *tutela,* qui se trouve dans le dernier vers, n'est pas le mot propre; c'est *curatela* qu'il fallait dire. *Interdicto* ne me paraît pas plus exact (2). Ce n'est pas un cas de prodigalité, c'est bien un cas d'aliénation mentale que le poëte imagine. Ce personnage qui s'éprend pour une brebis d'amour paternel, veut la marier et fait pour elle mille folies, peut-il être autre chose qu'un insensé (3)? Qu'on relise la satire entière, et qu'on suive la pensée du

(1) Accarias, *Précis*, I, 4e éd., p. 434, n. 2. Rudorff, *Vormundschaft*, I, p. 137, n. 25; p. 13. Pernice, *Labeo*, I, p. 238. Voigt, *Jus naturale*, IV, p. 124, n. 36.

(2) De nos jours, les prodigues ne sont pas interdits : ce qui n'empêche pas que, dans la langue courante, on ne leur donne souvent ce nom. C'est une confusion semblable que commet Horace en appelant un aliéné interdit, alors qu'en droit romain ce nom convient seulement au prodigue. Il faut rectifier ce qu'il y a d'inexact dans les termes qu'emploie le poëte. — Henriot, dans un ouvrage sur les *Mœurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome d'après les poëtes latins* (I, p. 368), fait suivre le texte de cette observation : « Voilà bien l'interdiction pour cause de démence avec sa conséquence obligée, la mise en tutelle de l'interdit. » Est-il utile de faire remarquer qu'il y a là deux erreurs, et qu'elles tiennent précisément à ce que l'auteur a pris à la lettre le témoignage d'Horace? Il n'y a en droit romain ni interdiction pour cause de démence, ni tutelle de l'interdit.

(3) Nous analyserons plus loin la notion de prodigalité, telle que les Romains l'ont comprise, et cette analyse nous démontrera encore que le personnage dont parle Horace n'est pas, à proprement parler, un prodigue. *Infrà*, p. 96-98.

poëte. Il s'agit de démontrer que tous les hommes sont fous, et qu'en particulier un des héros les plus illustres de la Grèce antique, Agamemnon, n'a pas échappé à la loi commune. Le grand Roi n'ordonna-t-il pas le sacrifice de sa propre fille, Iphigénie? Horace soutient que ce fut là un acte de folie et voici comment il le prouve : si quelqu'un traitait une brebis comme sa propre fille, on le tiendrait certainement pour fou; *a fortiori* doit-on croire qu'il est insensé celui qui traite sa fille comme une brebis; or c'est ce qu'a fait Agamemnon en sacrifiant Iphigénie. Ainsi argumente le poëte, et son argumentation suffit à prouver qu'il a bien en vue un véritable cas d'aliénation mentale. Il est d'ailleurs à remarquer que les anciens annotateurs d'Horace, Acron et Porphyrion nous parlent, à ce sujet, de la curatelle des *insani,* et non de la curatelle du prodigue (1). Seulement la folie dont il est ici question n'est pas de celles qui anéantissent l'être pensant tout entier; elle laisse subsister les apparences de la raison, si bien que le vulgaire s'y laisse tromper. C'est ce genre de folie que l'ancienne loi n'avait pas prévue, et qui donna lieu à la nomination de curateurs honoraires : *omne adimat jus Prætor.*

XI. Je me suis contenté jusqu'à présent d'esquisser l'hypothèse où il m'a paru qu'on pourrait être tenté de chercher la solution d'un problème, demeuré à l'état d'énigme. Il s'agit maintenant d'établir que cette hypothèse est conforme à la réalité, et c'est sur les textes que je fonderai

(1) Acron, sur Horace, *Satir.*, II, 3, v. 214. *Insanis etenim interdicto prætoris bonorum possessio tollebatur et propinquis tuenda tradebatur. Item aliter apud veteres insanis a prætoribus jus dominii auferebatur.* — Porphyrion, sur Horace, *l. c. : insani solent accipere a prætore curatores bonorum suorum, ita ut illis uti non liceat, nisi ad arbitrium alienum.*

cette démonstration. J'espère prouver qu'ils contiennent des raisons très sérieuses d'accepter la double définition que j'ai proposée, soit en ce qui concerne le *furiosus*, soit en ce qui concerne le *demens* ou *mente captus*.

Pour le *furiosus* d'abord, les jurisconsultes s'accordent à présenter son état mental comme un état de complète inintelligence. Nous avons cité de nombreux passages où ils nous disent pourquoi le *furiosus* est incapable; l'idée qu'on y trouve toujours exprimée est qu'il ne comprend absolument pas ce qu'il fait. Il est comparable à un *infans*, à un homme endormi, à un mort, à un absent. Nous avons conclu de là que tout homme dont la raison a complètement disparu est un *furiosus*, que l'idiot par exemple mérite ce nom aussi bien que le fou furieux (1). N'en devons-nous pas conclure aussi qu'en dehors de la privation absolue de l'intelligence, il n'y a pas de folie qui puisse être qualifiée de *furor?* Le *furiosus* est privé de raison en tout et pour tout. C'est ce que dit Julien en termes très catégoriques : *nec aliud quidquam agere intelligitur, cum* PER OMNIA ET IN OMNIBUS *absentis vel quiescentis loco habeatur* (2). C'est aussi ce qui résulte de la dissertation des Tusculanes dont nous nous sommes occupés déjà. Il y a, dans ce passage si souvent cité, une définition de l'*insania* qu'il convient d'écarter, comme nous l'avons fait, parce qu'elle n'a rien de juridique; mais la folie, telle que la loi des Douze-Tables l'avait comprise, y est aussi définie, et cette définition, qui suit immédiatement la citation du texte de l'ancienne loi, a une portée juridique

(1) *Suprà*, p. 19-20.
(2) JULIEN, D. XXIX, 7, *De jure cod.*, 2 § 3.

qu on ne saurait contester. Or qu'y lisons-nous? *Furorem... esse rati sunt mentis* AD OMNIA *cæcitatem*. La folie est un état de cécité absolue. Le *furiosus* est un aveugle; il n'a pas la moindre lueur de raison. Les exemples rapportés par Cicéron confirment tout à fait cette définition : ce sont ceux d'Athamas, d'Alcméon, d'Ajax et d'Oreste (1). Or il n'est pas possible d'imaginer un égarement plus complet que celui dont furent frappés ces héros de la Fable par des divinités vengeresses. On se rappelle Alcméon et Oreste, tous deux meurtriers de leur mère, tous deux poursuivis par les Furies, Athamas prenant son fils pour une bête fauve et l'égorgeant, Ajax livrant une ridicule bataille aux troupeaux qu'il croit être l'armée ennemie (2). C'est la folie classique, celle qui supprime tout sens de la réalité et ne laisse pas subsister la moindre parcelle de raison.

Si tel est le caractère de la folie du *furiosus*, ne peut-on pas soutenir que l'état du *mente captus* ou du *demens* est au contraire une folie partielle, une monomanie? Cette définition est précisément celle que donne Isidore de Séville, dans un passage de ses *Différences* (3). Il ne faut

(1) On pourrait multiplier, dans le même sens, les citations de Cicéron. Ce qui caractérise le *furiosus*, d'après un passage du discours *in Pisonem* (20), c'est qu'il ne reconnaît rien : *quid aliud est furere, non cognoscere homines...?* Ailleurs, Cicéron dit que, dans la folie, l'âme est comme séparée du corps : *De divinat.*, I, 57. V. aussi, *Lucull.*, 17,20. — BIRKHOLZ, *Cicero medicus*, Leipzig, 1706. — Mais le passage vraiment important, le seul décisif, est celui des Tusculanes, où se trouve l'explication des termes de la loi, *Si furiosus escit*.

(2) V. SMITH, *Dictionary of greek an roman biogr. and mythol.*

(3) ISID., *Differ.*, II, 12. *Inter amentem et dementem hoc interest, quod amens in totum caret mente, demens partem retinet, dictus quasi demi-*

pas confondre, nous dit cet auteur, les mots *amens* et *demens*. On appelle *amens* celui qui est absolument privé de raison : *amens in totum caret mente*. Le *demens* est celui qui, malgré sa folie, conserve une parcelle d'intelligence : *demens partem retinet, dictus quasi deminuta parte mentis*. Il est assurément permis de contester que *demens* dérive de *deminuta parte mentis*, et de soutenir qu'en fait d'étymologies l'autorité de l'évêque de Séville n'est pas grande (1). Mais, pour ce qui est du sens des mots, je ne vois pas ce qui nous permettrait de récuser ici son témoignage (2). Lorsqu'il définit le *demens* un fou qui n'a pas complètement perdu la raison, nous devons croire que c'était bien là une des acceptions de ce mot. C'était celle qu'on lui donnait par opposition au mot *amens*, et il faut remarquer qu'Isidore définit ce dernier mot en des termes qui conviennent parfaitement au *furiosus*. Les deux expressions sont synonymes. Il s'agit donc bien de l'antithèse du *demens* et du *furiosus*.

XII. Il vient tout naturellement à l'esprit de contrôler le témoignage d'Isidore de Séville en consultant les écrits des médecins anciens. J'ai fait quelques recherches en ce sens, et j'y ai trouvé une confirmation inattendue de la thèse que je soutiens. Ouvrons le traité *De medicina*, composé

nuta parte mentis. On peut consulter, sur le traité des *Différences* d'Isidore de Séville, une récente dissertation de M. Marius Michel dans les *Annales de la Faculté des Lettres de Bordeaux*, 1890, p. 268-287.

(1) Sur les singulières étymologies d'Isidore de Séville, v. Marius Michel, *Le livre des Origines*, dans la *Revue internationale de l'enseignement*, 15 sept. 1891, p. 216-224.

(2) Dans le *Dictionnaire* de Forcellini, au mot *Demens*, la différence des mots *amens* et *demens* est rapportée, telle que l'indique Isidore, mais l'auteur ajoute : *verum hoc discrimen nimis exquisitum videtur*.

par Celse (*Aulus Cornelius Celsus*) à l'époque d'Auguste ou peut-être plus tard, à la fin du premier siècle [1]; et voyons comment cet auteur, très versé dans la connaissance de la médecine, s'il n'a été médecin lui-même [2], classait les maladies mentales. Nous reconnaîtrons dans sa classification, sous une terminologie presque identique à celle des textes juridiques, les mêmes distinctions que ceux-ci nous offrent en pareille matière.

> Celse, *De medicina*, III, 18. Incipiam ab insania, primamque hujus ipsius partem aggrediar, quæ et acuta et in febre est : φρενίτιν Græci appellant... Alterum insaniæ genus est, quod spatium longius recipit, quia fere sine febre incipit, leves deinde febriculas incitat. Consistit in tristitia, quam videtur bilis atra contrahere... Tertium genus insaniæ est, ex his longissimum; adeo ut vitam ipsam non impediat, quod robusti corporis esse consuevit. Hujus autem ipsius species duæ sunt. Nam quidam imaginibus, non mente falluntur, quales insanientem Ajacem vel Orestem percepisse poëtæ ferunt; quidam animo desipiunt. Si imagines fallunt, ante omnia videndum est, tristes an hilares sint. In tristitia, nigrum veratrum dejectionis causa; in hilaritate, album, ad vomitum excitandum, dari debet, idque, si in potione non accipit, pani adjidiendum est... Si vero consilium insanientem fallit, tormentis quibusdam optime curatur. Ubi perperam aliquid dixit, aut fecit, fame, vinculis, plagis coercendus est; cogendus est et attendere, et ediscere aliquid, et meminisse : sic enim fiet, ut paulatim metu cogatur considerare, quid faciat. Subito etiam terreri et expavescere, in hoc morbo prodest, et fere quidquid animum vehementer perturbat.

(1) On discute sur ce point. V. Laboulbène, *Celse et ses œuvres* (*Revue scientifique*, 1884, 2e sem., p. 682).

(2) Cette question est aussi douteuse, Laboulbène, *l. c.*, p. 682-686.

Celse nous annonce qu'il va examiner certaines maladies auxquelles on ne peut assigner de siège bien déterminé, et en premier lieu celle qu'il nomme *insania*. C'est le terme générique sous lequel il comprend les divers troubles qui entraînent la perte plus ou moins complète de la raison. Il en distingue trois sortes : 1° la frénésie, c'est-à-dire le délire qui est la conséquence d'un état de fièvre; 2° la mélancolie (*atra bilis*), caractérisée par une tristesse profonde qui a sa cause dans la bile; 3° la folie proprement dite, subdivisée en deux espèces suivant qu'elle tient à des images, à des hallucinations, ou à une erreur de l'esprit.

Il est à remarquer d'abord que le mot *furor* ne figure pas dans cette énumération des maladies mentales. Il avait un sens mystique, et c'est pourquoi sans doute Celse l'a soigneusement évité (1).

Mais voici surtout ce qui me paraît digne d'attention : les diverses affections mentales, décrites par Celse, sont mentionnées dans plusieurs textes juridiques; or il y a, entre la théorie de cet auteur et les distinctions du Digeste, de très remarquables analogies, et sur certains points une complète similitude.

Constatons en premier lieu que les jurisconsultes ne confondent pas la frénésie avec la folie proprement dite. On

(1) Cælius Aurelianus (*De morb. chron.*, I, 5) donne une classification analogue, dans laquelle il introduit le mot de la langue vulgaire, *furor*, mais en le détournant de son sens primitif et en l'élargissant : *de furore sive insania quam Græci* μανίαν *vocant*. Le mot *furor*, devenu synonyme d'*insania* et de μανία, désigne la folie en général. Seulement, Cælius Aurelianus classe à part la frénésie et la mélancolie, comme distinctes de la folie, et par conséquent on peut dire qu'il comprend sous le nom de *furor* ou *insania* les maladies mentales dont Celse fait le *tertium genus insaniæ*.

en trouve la preuve dans un fragment du titre *De ædilitio edicto*, du Digeste [1]. Un esclave a été vendu et l'acheteur découvre qu'il est atteint d'une maladie mentale; peut-il intenter l'action rédhibitoire, ou n'a-t-il que l'*actio empti?* L'édit des édiles portait : *qui mancipia vendunt certiores faciant emptores quid* MORBI VITIIQUE *cuique sit.* Fallait-il admettre que la vente de l'esclave atteint d'aliénation rentrait dans les prévisions de l'Édit? Les jurisconsultes ne le pensèrent pas. Ils posèrent en principe que les édiles avaient eu seulement en vue les maladies ou les vices du corps, non ceux de l'âme, et ils furent ainsi conduits à distinguer deux sortes d'affections mentales : celles qui sont à proprement parler des maladies de l'âme, et celles qui sont la conséquence d'un état de fièvre, c'est-à-dire, en d'autres termes, la folie proprement dite et la frénésie [2].

On trouve encore au même titre du Digeste, dans un fragment de deux mots, attribué à Paul, l'hypothèse du

(1) ULPIEN, *ad edict. ædilium*, Dig., XXI, 1, *De ædil. ed.*, 1 § 9. *Apud Vivianum quæritur, si servus inter fanaticos non semper caput jactaret, et aliqua profatus esset, an nihilominus sanus videretur? Et ait Vivianus, nihilominus hunc sanum esse, neque enim nos inquit minus animi vitiis aliquos sanos esse intelligere debere : alioquin, inquit, futurum, ut in infinito hac ratione multos sanos esse negaremus, ut puta levem, superstitiosum, iracundum, contumacem, et si qua similia sunt animi vitia; magis enim de corporis sanitate quam de animi vitiis promitti. Interdum tamen, inquit, vitium corporale usque ad animum pervenire et eum vitiare, veluti contingeret* φρενητικῷ, *quia id ei ex febribus acciderit. Quid ergo est? Si quid sit animi vitium tale, ut id a venditore excipi oporteret neque id venditor cum sciret pronuntiasset, ex empto eum teneri.* V. *suprà*, p. 13, n. 5.

(2) JULIEN définit la fièvre, *motus corporis contra naturam, quem febrem appellant.* D. XLII, 1, *De re judic.*, 60. *Motus corporis :* c'est là ce qui distingue la fièvre de la folie, car la folie est une maladie de l'âme.

servus melancholicus (1). De ce fragment, rattaché par les compilateurs à une décision d'Ulpien, il résulte que, malgré les théories des médecins sur l'influence de la bile noire, la mélancolie est tenue pour un vice de l'âme et par conséquent ne peut donner lieu à l'application de l'Édit.

On voit que les Prudents étaient au courant des distinctions admises par la science, en matière de maladies mentales, et qu'ils les ont parfois utilisées pour la solution des difficultés que soulevaient les ventes d'esclaves.

Arrivons au cas de folie proprement dite. Il y a, dit Celse, deux sortes de fous : les uns sont trompés par des images, et les autres par leur propre pensée : *Quidam imaginibus, non mente falluntur; quidam animo desipiunt.* Que signifie cette distinction? Elle semble d'abord manquer de clarté ; mais qu'on l'examine de près, et on y reconnaîtra précisément l'antithèse que j'ai proposé d'admettre entre le *furiosus* et le *demens.*

La première espèce de folie a une cause tout extérieure. Ce sont des images, des hallucinations qui la produisent. Des êtres imaginaires s'agitent devant le regard de l'aliéné, et le mettent pour ainsi dire en dehors du monde réel. Ce n'est pas sa propre pensée qui l'égare : *non mente fallitur.* Sa pensée est impuissante et comme anéantie. Elle est le jouet des fantômes qui l'assiègent.

Ce type d'aliéné ne rappelle-t-il pas l'antique conception du *furiosus?* Sans doute, Celse ne croit pas à la possession

(1) Paul, D. XXI, 1, *De æd. ed.*, 2 : *vel melancholici.* Voici la phrase entière : *Idem dicit (vitium esse, sed vitium animi, non corporis, ideoque redhiberi non posse...) etiam in his qui præter modum timidi, cupidi avarique sunt, aut iracundi, vel melancholici....*

surnaturelle; il ne fait plus intervenir la divinité, mais il la remplace par une cause extérieure, par une force étrangère à l'esprit du malade et qui l'opprime. C'est bien l'état mental du *furiosus,* c'est bien la *cæcitas ad omnia* qu'il décrit ainsi, tout en s'abstenant d'employer le nom traditionnel qui a le tort de rappeler les anciennes superstitions. Pour expliquer en quoi ce genre de folie consiste, il en donne deux exemples; or ce sont précisément ceux d'Ajax et d'Oreste, c'est-à-dire les deux cas de *furor* pour ainsi dire classiques, ceux que Cicéron cite à l'appui de sa définition : *mentis ad omnia cæcitas.*

Quant aux aliénés de la seconde espèce, il ne faut pas hésiter à reconnaître en eux les *mente capti.* C'est sous ce nom, ou peu s'en faut, qu'ils sont désignés : *mente falluntur... animo desipiunt... consilium insanientem fallit...* Ce sont bien là des expressions identiques à celle qu'emploient plus volontiers les textes de droit : *mente captus.* Or quelle idée Celse nous donne-t-il des fous de cette espèce? Ce qui, d'après lui, les caractérise, ce qui leur vaut le nom qu'ils portent, c'est que leur propre intelligence les abuse. Ils n'ont donc pas complètement perdu l'usage de leurs facultés. Ils pensent, ils jugent, ils raisonnent, et c'est précisément dans ce travail de leur esprit que se trouve un principe d'aberration. Voilà un genre de folie qui n'implique pas l'absolue impossibilité de comprendre!

Ainsi, il y a des aliénés qui ne voient rien, ne reconnaissent rien, sont complètement étrangers à la réalité, et vivent dans un monde à part, plein de chimères et de fantastiques visions : *imaginibus falluntur.* Il est d'autres aliénés dont l'intelligence malade enfante d'extravagantes

fantaisies, mais sans perdre complètement et en toutes choses la possession d'elle-même; ce sont les monomanes, ceux qui sont en proie à quelque idée fixe, ceux que tourmente leur propre pensée : *mente falluntur*. Telle est la distinction admise par Celse, et telle est aussi celle que faisait, à mon avis, le droit romain entre les deux formes de l'aliénation mentale, *furor* et *dementia*.

Ce qui achève de me convaincre que cette interprétation est bien exacte, c'est la nature des remèdes que notre auteur préconise pour la guérison des deux sortes d'aliénés. Ceux en qui nous avons reconnu des *mente capti* doivent, avant tout, être soumis à un traitement moral; c'est sur leur intelligence, sur leur volonté qu'il faut agir. Celse veut qu'on les contraigne à réfléchir, à se rendre compte de ce qu'ils font, qu'on fasse pour ainsi dire l'éducation de leur esprit, qu'on exerce leur mémoire, qu'on forme leur jugement; et, comme on ne saurait y parvenir sans avoir sur eux une grande autorité, il conseille de recourir aux corrections, pour obtenir d'eux qu'ils consentent à fixer leur attention : *tormentis quibusdam optime curatur*. Qu'on les fasse jeûner, qu'on les enferme, qu'on les frappe, et ils obéiront par crainte... *Ubi perperam aliquid dixit, fame, vinculis, plagis coercendus est; cogendus est et attendere, et ediscere aliquid, et meminisse : sic enim fiet ut paulatim metu cogatur considerare quid faciat*. Ce singulier traitement suppose évidemment un fou assez intelligent pour comprendre ce qu'on exige de lui, et pour suivre avec fruit les leçons de bon sens qu'il s'agit de lui donner. Il ne saurait convenir à des aliénés qui auraient absolument perdu l'usage de leurs facultés. Pour ceux-là, c'est-à-dire pour les *furiosi*, Celse leur applique

un tout autre régime. Il ne parle plus des moyens moraux, manifestement inutiles. Il se borne à recommander l'usage de certains médicaments, de l'ellébore blanc pour purger le malade, s'il est triste, de l'ellébore noir pour le faire vomir, s'il est gai, et prévoyant que l'aliéné, frappé d'un complet égarement, refusera de se laisser administrer le remède sous forme de potion, il conseille de le lui faire prendre par ruse, en le dissimulant dans ses aliments : *pani adjiciendum est.*

La distinction des deux genres de folie, procédant de causes essentiellement différentes, n'était pas admise par tous les médecins de l'antiquité. Cælius Aurelianus la critique. Il enseigne que, malgré la diversité de ses formes, la folie est toujours une [1], et il attaque particulièrement l'erreur de ceux qui regardent la folie comme étant avant tout une maladie de l'âme, qui exercerait ensuite son influence sur le corps [2]. « Il n'y a pas un philosophe, objecte-t-il, qui ait pu fournir le remède de cette maladie, et d'ailleurs l'aberration de l'esprit ne se manifeste jamais sans qu'il se soit auparavant produit quelque altération dans les organes corporels. » *Cum neque quisquam philosophorum ejus tradiderit curationem, et antequam mente falluntur, accidentia substantia corporis habere videatur.* C'est bien la doctrine de Celse qui est ici visée. Les mots

(1) Cælius Aurelianus, *De morb. chron.*, I, 5. *Alienatio mentis fit sine febribus, et quibusdam vehemens, quibusdam levis, et aliis alia specie atque visu differens, virtute tamen atque genere uno confecta.*

(2) Cælius Aurelianus, *l. c. Peccant denique etiam ii qui animæ passionem principaliter, dehinc corporis esse concipiunt, cum neque quisquam philosophorum ejus tradiderit curationem, et antequam mente falluntur, accidentia substantia corporis habere videatur.*

du texte, *antequam mente falluntur,* y font expressément allusion. On peut dire que Celse s'est placé à un point de vue spiritualiste pour déterminer les causes de la folie et le traitement qui lui convient, du moins lorsqu'il s'agit d'aliénés *qui mente falluntur.* Quant à Cælius, l'un des derniers adeptes de l'école dite méthodique, il s'inspire plutôt d'une doctrine matérialiste; il pense que toutes les maladies tiennent au resserrement ou au relâchement des molécules dont le corps se compose (*strictum aut laxum genus*), et il soutient que la folie n'a pas d'autre cause; elle appartient dans tous les cas au *strictum genus* (1).

C'est la manière de voir exprimée par Celse que la jurisprudence romaine paraît avoir de préférence adoptée. Je n'en veux pour preuve que la distinction des maladies du corps et des maladies de l'âme, telle que nous l'avons vue formulée à propos de l'interprétation de l'édit édilitien (2).

Ce qui me paraît, dans tous les cas, démontré, c'est que les aliénés dont Celse explique la folie par l'égarement de leur âme sont bien les monomanes, ces gens à moitié raisonnables et à moitié fous, que le préteur mettait en curatelle, sous le nom de *mente capti* ou de *dementes.*

(1) Cælius Aurelianus, *l. c.*
(2) *Suprà*, p. 56, n. 1, 2.

II.

Des principes qui régissaient la condition juridique du *furiosus* et celle du *demens*.

I. *La curatelle du* furiosus *et la curatelle du* demens. *Aucune n'était facultative.* — II. *L'incapacité du* demens, *réglée sur le même principe que celle du* furiosus. — III. *Quelle était, en cas de démence, la durée de la curatelle? Controverse entre les Prudents, relativement à l'effet produit par la survenance des intervalles lucides sur les pouvoirs du curateur.* — IV. *Conclusion.*

I. Les deux genres de folie que nous avons définis entraînaient, l'un et l'autre, l'ouverture de la curatelle. Les parents, les amis du *furiosus* ou du *demens* présentaient une demande au préteur (1), et celui-ci vérifiait l'état mental du prétendu fou; s'il constatait la fureur, il déclarait que la curatelle appartenait aux agnats conformément à la loi; s'il reconnaissait qu'il y avait seulement démence, il procédait lui-même à la nomination du curateur. Mais, dans tous les cas, la curatelle s'ouvrait.

Il n'était nullement nécessaire que le *demens* y consentît. Glück (2) qualifie de curatelle volontaire la *cura dementis*, comme si les aliénés de cette sorte n'avaient été pourvus de curateurs que sur leur demande; et il est vrai qu'à Rome une personne atteinte d'une maladie incurable ou d'une infirmité qui la rendait impropre à l'administra-

(1) Sur les personnes qui pouvaient demander des curateurs, v. Rudorff, *Vormundschaft*, I, p. 416-417.

(2) Glück, *Pandect.*, XXXIII, p. 255-256.

tion de ses biens, pouvait s'adresser elle-même au magistrat pour obtenir la nomination d'un curateur (1). Mais, le *demens* était un fou. Ce qui le caractérisait, tout comme le *furiosus*, c'était l'absence de volonté raisonnable et on ne concevrait guère que la protection qui lui était accordée eût été subordonnée à cette condition d'une demande formée par lui-même. D'ailleurs l'assimilation constante que font les textes entre le *furiosus* et le *demens* ne permet pas de supposer qu'il y ait eu, à cet égard, quelque différence entre les deux curatelles.

Mais en dehors de ce premier point, qui ne saurait faire difficulté, on peut se demander si les mêmes principes s'appliquèrent aux deux catégories d'aliénés. Il semble, au premier abord, difficile que la nouvelle protection accordée au *demens*, telle que nous l'avons comprise, ait pu s'adapter exactement à l'ancien système créé pour la protection du *furiosus*. Le *furiosus* était frappé, tant que durait sa folie, d'une incapacité complète; pouvait-on en dire autant du *demens*, alors que la raison n'était pas en lui complètement éteinte? Dès que le *furiosus* revenait à la raison, et même pendant les intervalles lucides, il recouvrait la capacité et la curatelle prenait fin; l'état tout particulier du *demens*, état intermédiaire entre la raison et la folie, comportait-il l'application de ce principe? A ce double point de vue, il faut rechercher à quelles règles furent soumis les aliénés d'un nouveau genre que le préteur mit en curatelle.

II. Le *demens* était moins profondément atteint dans son

(1) Ulpien, D. XXVI, 5, *De tut. et cur. dat.*, 8 § 3; 12 pr. Paul, XXVII, 10, *De cur. fur.*, 2. Instit., I, 23, *De curat.*, § 4.

intelligence que le *furiosus;* aussi son incapacité dut-elle être moins absolue. Mais, pour la restreindre, il ne fut nullement nécessaire de recourir à un principe nouveau. L'idée fondamentale sur laquelle reposait l'incapacité du *furiosus,* conduisait tout naturellement à cette conséquence. Il est facile de le comprendre.

Le fou n'était incapable qu'autant qu'il était privé de raison, d'où l'on concluait qu'il était absolument incapable, tant que durait sa folie, mais qu'en recouvrant la raison il devenait de nouveau capable d'agir. On dut en conclure aussi que le fou, atteint d'une folie partielle, conservait sa capacité dans la mesure où il avait encore l'usage de ses facultés; il pouvait valablement agir, pourvu qu'il ne fût pas sous l'influence de la folie.

Cette application du principe général n'est pas exprimée dans les textes, et elle n'avait pas besoin de l'être, car elle rentre tout naturellement dans la théorie des intervalles lucides. Lorsque le *demens* n'est pas en proie à son idée fixe, à la monomanie, il est dans un moment de lucidité, et par conséquent sa capacité doit être entière.

Le préteur ne pouvait pas porter atteinte à ce principe. En reconnaissant que les *dementes* avaient besoin d'une protection, il avait simplement constaté leur incapacité, qui était, comme celle du *furiosus*, la conséquence d'un fait naturel; il ne lui appartenait pas d'édicter arbitrairement contre eux une incapacité nouvelle.

Il me semble qu'il ne put y avoir de difficulté sur ce point, et que l'incapacité du *demens* dut naturellement se déterminer d'après le même principe que celle du *furiosus*. Nous verrons plus tard, en examinant un texte d'Ulpien, relatif à la question de savoir si un fidéjusseur peut valable-

ment s'engager pour un fou, qu'on a proposé une distinction entre celui qui intervient pour un *furiosus* et celui qui intervient pour un *demens*. Je réfuterai plus tard cette opinion (1). Le système que j'ai développé nous conduit à reconnaître l'identité des règles qui gouvernaient à ce point de vue le *furiosus* et le *demens*, et les textes confirment absolument cette conséquence, soit parce qu'ils ne relèvent entre les deux sortes d'aliénés aucune différence de condition, soit parce qu'ils vont jusqu'à employer souvent l'un pour l'autre les deux noms qui les désignent. Nous savons seulement qu'un rescrit de Marc-Aurèle, où il était question du *mente captus*, fut diversement interprété, et que certains jurisconsultes proposèrent à ce sujet de faire une différence entre les deux genres de folie ; mais je n'ai pas à revenir sur cette discussion, dont j'ai suffisamment indiqué la portée (2).

III. La seconde question qu'il nous reste à examiner n'est pas d'une solution aussi simple. D'après l'ancien principe, les pouvoirs du curateur prennent fin dès que le fou revient à la raison, même s'il n'y revient que temporairement. Cette règle se conçoit lorsqu'il s'agit d'un *furiosus*, chez qui il y a des alternatives de folie complète et de raison sans mélange; mais comment serait-il possible de l'appliquer à un fou atteint de folie partielle? Le *demens* est à moitié raisonnable et à moitié fou; si la parcelle de raison qu'il conserve suffisait à mettre fin aux pouvoirs du curateur, toute curatelle pour lui serait évidemment impossible.

(1) Ulpien, D. XLVI, 1, *De fidej. et mand.*, 25.
(2) *Suprà*, p. 22, 23.

Une constitution de Justinien nous dit que les anciens jurisconsultes discutèrent la question de savoir si la survenance des intervalles lucides devait faire cesser les pouvoirs du curateur. Les commentateurs se sont peu inquiétés de rechercher ce qui put donner lieu à cette controverse. Je suis pour ma part très porté à croire qu'elle se produisit lorsque la réforme prétorienne, consistant à reconnaître l'incapacité du *demens*, eut compliqué le problème de la curatelle du fou.

C. J., V, 70, *De cur. fur.*, 6. Cum aliis quidem hominibus continuum furoris infortunium accidat, alios autem morbus sine laxamento aggrediatur, sed in quibusdam temporibus quædam eis intermissio perveniat, et in hoc ipso multa sit differentia, ut quibusdam breves induciæ, aliis majores ab hujus modi vitio inducantur : antiquitas disputabat, utrumne in mediis furoris intervallis permaneret eis curatoris intercessio, an cum furore quiescente finita, iterum morbo adveniente redintegraretur. Nos itaque ejus ambiguitatem decidentes sancimus (cum incertum est in hujusmodi furiosis hominibus, quando resipuerint, sive ex longo, sive ex propinquo spatio, et impossibile est, et in confinio furoris et sanitatis eum sæpius constitui, et post longum tempus sub eadem esse varietate, ut in quibusdam videatur etiam pene furor esse remotus), curatoris creationem non esse finiendam, sed manere quidem eam donec talis furiosus vivit : quia non est pene tempus in quo hujusmodi morbus desperatur : sed per intervalla quæ perfectissima sunt, nihil curatorem agere, sed ipsum posse furiosum, dum sapit, et hereditatem adire, et omnia alia facere quæ sanis hominibus competunt. Sin autem furor stimulis suis iterum eum accenderit : curatorem in contractu suo conjungi, ut nomen quidem curatoris in omne tempus habeat, effectum autem, quotiens morbus redierit : ne crebra vel quasi ludibriosa fiat curatoris creatio, et frequenter tam nascatur quam desinere videatur.

Voici ce que nous apprend Justinien : d'après certains jurisconsultes, les pouvoirs du curateur cessaient en même temps que la folie elle-même, et par conséquent il était nécessaire, si une rechute venait à se produire, de réorganiser à nouveau la curatelle; d'autres pensaient que le retour momentané du fou à la raison ne devait pas mettre fin à la curatelle. C'est cette dernière opinion que Justinien consacre, en ajoutant que pendant la durée des intervalles lucides, le curateur conservera seulement son titre, mais n'aura aucun pouvoir d'administrer; s'il demeure curateur, c'est seulement afin que plus tard, si la lucidité fait encore place à la folie, il puisse, sans nouvelle investiture, ressaisir l'administration des biens.

Les renseignements fournis sur l'état du droit ancien par la constitution que je viens de résumer ont été interprétés de diverses manières. De savants auteurs en ont tiré, relativement à la question qui nous occupe, des conclusions diamétralement opposées à celles que je propose d'accepter.

D'après M. Accarias (1), la doctrine la plus ancienne dut être celle qui admettait le maintien de la curatelle, malgré la survenance des intervalles lucides. L'éminent romaniste part de cette idée que le *furiosus* est un fou dont l'état comporte des intermittences, et que, si la loi des Douze-Tables se préoccupa exclusivement de ce genre d'aliénation, c'est qu'elle redoutait avant tout le danger des actes que le fou, momentanément revenu à la raison, pourrait accomplir. « Si tel fut le motif des Douze-Tables, il faut en conclure que primitivement et nonobstant les discussions qui s'élevèrent plus tard à ce sujet, la survenance des inter-

(1) Accarias, *Précis*, I, 4e éd., p. 433, n. 1.

valles lucides ne faisait pas cesser la gestion du curateur, et en effet cela paraît probable. »

Cette opinion s'appuie sur une idée dont j'ai essayé de démontrer l'inexactitude, et je n'ai pas à revenir sur les raisons qui m'ont empêché de considérer l'intervalle lucide comme le criterium de la distinction du *furiosus* et du *demens*. Mais, abstraction faite de tout système sur la nature de cette distinction, la conjecture qu'on présente comme très probable me paraît, en elle-même, tout à fait inadmissible. Il est certain et incontesté que, dans l'ancien droit, le *furiosus* recouvrait la capacité lorsqu'il revenait, ne fût-ce que pour un moment, à la raison : n'en résultait-il pas logiquement qu'il devait en même temps sortir de curatelle? M. Accarias le reconnaît; il pense seulement que les Décemvirs manquèrent de logique en admettant tout à la fois que le fou deviendrait capable et qu'il resterait en curatelle (1). Mais rien ne nous prouve qu'il faille leur prêter cette inconséquence. En effet, il ne s'agit pas ici d'une disposition de la loi écrite, qui aurait pu être entachée d'arbitraire. Ce ne sont pas les Décemvirs qui décidèrent que, pendant la durée des intervalles lucides, le *furiosus* serait capable. Cette décision était simplement la conséquence du principe rationnel d'après lequel l'incapacité du fou avait sa cause unique dans l'absence de volonté et de raison; le même principe obligeait nécessairement à reconnaître aussi qu'en recouvrant la raison le fou devait sortir de curatelle.

Il est vrai qu'il y eut sur ce point des controverses, et il faut expliquer qu'elles aient pu se produire. C'est ce qu'on ne fait pas, dans l'opinion que je réfute. Si le droit ancien

(1) *L. c.*

avait admis, comme on le prétend, le maintien de la curatelle pendant la durée des intervalles lucides, quelles sont les raisons qui auraient pu déterminer certains jurisconsultes à proposer une doctrine contraire? On ne le voit pas. Au contraire, si on reconnaît qu'à l'origine le retour du *furiosus* à la santé mettait fin à la curatelle, et si on donne à la création de la *cura dementis,* le sens que nous lui avons reconnu, il paraîtra tout naturel que des difficultés aient surgi. Il devenait impossible de considérer le maintien des pouvoirs du curateur comme incompatible avec l'apparition de l'intelligence chez l'aliéné, puisque le *demens* conservait toujours, dans une certaine mesure, l'usage de ses facultés; et c'est ainsi que les jurisconsultes arrivèrent à discuter la question de l'influence que la survenance des intervalles lucides devait exercer sur la curatelle du fou (1).

Au surplus, qu'on le remarque bien : c'est à propos du *furiosus,* que la controverse s'éleva. La constitution de Justinien nous le prouve, et d'ailleurs il n'aurait pas été possible de soutenir, dans le cas de *dementia,* que la curatelle cesserait toutes les fois qu'il se produirait, chez le *demens,* une manifestation de l'intelligence. On se de-

(1) A l'appui de l'hypothèse d'après laquelle le droit ancien aurait admis le maintien des pouvoirs du curateur pendant les intervalles lucides, M. Accarias cite un fragment de Paul, inséré au Digeste, où il est dit que l'action donnée au fou contre le curateur, c'est-à-dire l'*actio negotiorum gestorum,* peut être exercée même pendant la durée de la gestion (*dum negotia gerit*), à la différence de l'*actio tutelæ,* qui ne peut être mise en mouvement tant que le pupille est impubère : D. XXVII, 3, *De tut. et rat. distr.,* 4 § 3. Cette décision suppose bien que, pendant un intervalle lucide, le fou peut agir contre le curateur, et qu'à ce moment la gestion du curateur peut n'être pas interrompue; mais est-on autorisé

manda seulement s'il fallait admettre aussi le maintien de la curatelle pendant les intervalles de lucidité que l'état du *furiosus* pouvait comporter, et certains jurisconsultes répondirent affirmativement à cette question.

C'était là une doctrine nouvelle; mais quelle en était exactement la portée? Ceux qui s'y ralliaient accordaient-ils au curateur le pouvoir de gérer pendant la durée des intervalles lucides, ou bien décidaient-ils que le curateur conserverait seulement son titre, sans avoir aucun pouvoir d'administration, aussi longtemps que le fou jouirait de ses facultés? Cette dernière solution a été, nous l'avons vu, consacrée par Justinien; mais constituait-elle de sa part une innovation, ou avait-elle déjà pour elle, dans le droit antérieur, l'appui d'une partie de la jurisprudence?

La question peut, il me semble, être posée. La constitution ne la tranche pas. Justinien dit simplement : *antiquitas disputabat utrumne in mediis furoris intervallis permaneret curatoris intercessio...;* faut-il entendre par là que, d'après l'opinion ainsi mentionnée, le curateur conservait le droit de gérer, ou qu'il continuait seulement d'être investi de son titre jusqu'au jour où, l'intervalle lucide ayant pris fin, il pouvait reprendre la gestion?

à en conclure qu'en droit le curateur conserve alors le pouvoir de gérer? C'est ce que je conteste. Il est permis de croire que dans la pensée du jurisconsulte, le curateur continue de gérer, bien que la survenance de l'intervalle lucide lui ait enlevé, en droit, le pouvoir de le faire; il agit comme un *negotiorum gestor*. L'application que fait ici le jurisconsulte de l'*actio negotiorum gestorum* n'a évidemment rien de contraire à cette idée. Comp. Paul, D. XXVI, 7, *De adm. et peric. tut.*, 26. Ulpien, D. XXVII, 3, *De tut. et rat. distr.*, 16 § 1. Au reste, quelle qu'ait pu être la pensée de Paul, il importe peu. On ne saurait en tirer aucune conséquence relativement au principe admis à l'époque des Douze-Tables.

L'hésitation est permise. Dans la suite du texte, lorsque Justinien expose, en la précisant avec soin, la solution qu'il adopte, il ne dit pas qu'elle soit absolument nouvelle ; le seul mérite qu'il s'attribue est de mettre fin aux anciennes controverses (*ejus ambiguitatem decidentes sancimus...*), et on peut se demander s'il n'y met pas fin précisément en s'appropriant l'une des deux opinions entre lesquelles se partageaient les anciens jurisconsultes.

C'est en ce sens que la question me paraît devoir être résolue. Il y a des raisons très sérieuses de croire qu'il n'aurait pas été possible de reconnaître au curateur le pouvoir de gérer pendant les intervalles lucides. Une telle doctrine n'eût été ni logiquement, ni pratiquement admissible. Elle paraît d'abord incompatible avec le principe incontestable qui faisait cesser l'incapacité du fou, en même temps que sa déraison. Aurait-on compris que le curateur pût continuer la gestion, alors que le fou, devenu raisonnable, aurait repris la conduite de ses affaires? Comment eût-il été possible de concilier le pouvoir de l'un et la capacité de l'autre, et de livrer le patrimoine à deux administrations? D'autre part, on a toujours admis que la guérison du fou mettait fin de plein droit à la curatelle (1); or, l'intervalle lucide est une sorte de guérison temporaire, et il n'est guère croyable que des jurisconsultes aient pu avoir la pensée de subordonner le maintien ou la cessation des pouvoirs du curateur à la question de savoir si le fou était définitivement guéri ou s'il traversait seulement un intervalle de lucidité. C'est là, en effet, une question singulièrement difficile à résoudre. Comment savoir, lorsque

(1) Ulpien, D. XXVII, 10, *De cur. fur.*, 1.

le fou recouvre l'usage de ses facultés, s'il a pour toujours échappé à la folie, ou s'il doit y retomber, dans un temps plus ou moins long? Tout ce qu'il dut être possible d'admettre, c'est ce que le curateur conserverait provisoirement son titre, afin de pouvoir reprendre effectivement l'exercice de ses fonctions, dans le cas où la folie viendrait encore à se déclarer.

IV. Quoi qu'il en soit, nous pouvons conclure que la condition du *furiosus*, et celle du *demens* furent régies par les mêmes principes, en ce qui concerne soit l'incapacité du fou, soit la durée des pouvoirs du curateur. On reconnut d'abord, sans difficulté, que, chez les deux sortes d'aliénés, l'incapacité tenait exclusivement à la privation de la raison, et ne pouvait exister que dans la mesure même où la raison était absente. On finit par reconnaître aussi, après certaines controverses, que dans les deux cas, la curatelle devait être maintenue, malgré les manifestations de la raison qui pouvaient encore se produire, jusqu'au jour où la guérison de l'aliéné serait complète et définitive.

Il restait toutefois entre les deux curatelles une différence importante. La curatelle du *furiosus* était en principe légitime, et par conséquent déférée aux agnats. La curatelle du *demens* était dative. Mais on peut soutenir que, dans le dernier état du droit, la curatelle légitime a disparu, et que la nomination des curateurs appartient toujours au magistrat (1). Ainsi les deux systèmes de protec-

(1) Cette proposition s'écarte de la doctrine généralement admise, du moins par les romanistes français. Je l'ai développée dans une dissertation qu'a publiée la *Nouvelle Revue historique du droit*, 1891, XV, p. 310-328, et qui trouvera place dans un volume prochain.

tion organisés par la loi des Douze-Tables et par le préteur, pour la folie totale et pour la folie partielle, ont fini par se confondre, et on peut dire que, dans le droit de Justinien, il n'y a plus d'intérêt pratique à les distinguer. C'est pour cela, sans doute, que les textes juridiques nous fournissent si peu de renseignements sur la distinction du *furiosus* et du *demens;* c'est pour cela qu'il leur arrive si souvent d'employer indifféremment ces expressions l'une pour l'autre, comme synonymes, et qu'il nous a fallu faire effort pour parvenir à en découvrir le sens véritable. Puisse le lecteur juger que cet effort n'a pas été complètement infructueux ! (1)

(1) Cette étude sur la folie a paru dans la *Nouvelle Revue historique de droit*, 1890, XIV, p. 846-890, et a été traduite par M. Joseph Konyi, dans la *Revue de droit hongrois*, *Magyar Igazsagagy* (fascicule de mai 1891). Elle a été seulement ici complétée, sur certains points. L'auteur est heureux de constater que l'explication qu'il a proposée, au sujet des deux genres de folie distingués par les Romains, vient d'être acceptée par son savant collègue de la Faculté de droit de Poitiers, M. Eugène Petit : *Traité élémentaire de droit romain*, 1892, p. 132, n. 3, et p. 133.

LA PRODIGALITÉ

ÉTUDE

SUR LES DEUX SYSTÈMES D'INTERDICTION

QUI FURENT PRATIQUÉS EN DROIT ROMAIN

Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est. Sed solent hodie prætores vel præsides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, curatorem ei dare exemplo furiosi.

ULPIEN, 1, *ad Sabinum* : Dig., XXVII, 10, 1.

LA PRODIGALITÉ

ÉTUDE

SUR LES DEUX SYSTÈMES D'INTERDICTION

QUI FURENT PRATIQUÉS EN DROIT ROMAIN

Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est. Sed solent hodie prætores vel præsides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, curatorem ei dare exemplo furiosi.

ULPIEN, 1, *ad Sabinum* : Dig., XXVII, 10, 1.

Le prodigue, à la différence du fou, ne devenait incapable qu'à la condition d'être interdit, par décision du magistrat; mais, une fois frappé d'interdiction, il était, comme le fou, mis en curatelle. Cette institution, protectrice du patrimoine de la famille, remonte aux plus anciens temps de Rome. Je me propose d'en suivre ici le développement historique, depuis les premières origines jusque dans le dernier état du droit. Je voudrais en bien marquer le point de départ, et distinguer nettement les diverses phases qu'elle a traversées.

Les sources ne nous donnent, sur ce sujet, que des indications peu nombreuses. En dehors des textes compris dans la compilation de Justinien et souvent suspects d'interpolation (1), nous ne possédons guère que quelques rares passages des Règles d'Ulpien et des Sentences de Paul (2). Une lacune du manuscrit de Vérone nous a privés des renseignements que Gaius aurait pu nous fournir (3). On peut croire cependant qu'il n'est pas impossible, en usant

(1) V. surtout Ulpien, D. XXVII, 10, *De cur. fur.*, 1.

(2) Ulpien, XII; XX, 13. Paul, *Sent.*, III, 4ᵃ, §§ 6, 7, 11.

(3) C'est dans le premier livre de ses Institutes, dans les §§ 196 et 197, que Gaius traitait des diverses curatelles. Le passage correspondant de l'Epitome, I, 8, *De curatione,* ne nous apprend rien sur le développement historique de l'interdiction.

des documents qui nous restent, et sans trop donner à l'hypothèse, d'écrire l'histoire de l'interdiction romaine.

Peu d'auteurs jusqu'à présent l'ont tenté. La plupart se sont bornés à commenter et à expliquer la doctrine classique. MM. Voigt et Ubbelohde (1) sont, à ma connaissance, les seuls qui aient approfondi cette question d'histoire du droit privé. Ils nous ont ouvert la voie, et l'auteur de ce travail leur est infiniment redevable. On verra toutefois que, des deux systèmes très différents qu'ils ont défendus, je ne pourrai me rallier complètement à aucun. Tout en adoptant certaines de leurs conclusions, je proposerai de décrire autrement qu'ils ne l'ont fait l'évolution du droit romain en matière d'interdiction.

(1) Voigt, *Jus naturale*, IV, p. 122-129; *XII Tafeln*, II, p. 726 et s. Ubbelohde, *Uber die Handlungsfähigkeil des prodigus und des minderjährigen nach gemeinem Rechte*, dans la *Grünhut's Zeitschrift* (Zeitschrift für das Privat und öffent. Recht, Vienne, 1877, IV, p. 671-721). Dans toutes les citations ultérieures de M. Ubbelohde, c'est à cette dissertation que je renverrai. — V. aussi Alf. Pernice, *Antistius Labeo*, I, p. 237-239.

PREMIÈRE PARTIE.

L'INTERDICTION DES PRODIGUES DANS L'ANCIEN DROIT ET DANS LE DROIT NOUVEAU.

I.

La coutume primitive et la loi des Douze-Tables.

I. *Premières origines de l'interdiction et de la curatelle du prodigue.*

II. *La loi. Critique des essais de restitution auxquels le texte des Douze-Tables a donné lieu. Restitution de J. Godefroy. Restitution de M. Voigt.*

III. *Les mœurs.* Ignominia *encourue par ceux qui dissipent leur patrimoine, et incapacités qui s'y rattachent. Intervention du censeur.*

I. L'interdiction et la curatelle des prodigues furent organisées par les Décemvirs. C'est en vertu de la loi des Douze-Tables, nous dit Ulpien, que l'interdiction était prononcée : *lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio* (1). C'est cette loi, dit le même jurisconsulte, qui appelait les agnats à la curatelle du prodigue comme à celle du fou : *lex duodecim tabula-*

(1) Ulpien, D. XXVII, 10, *De cur. fur.*, 1 pr.

rum furiosum itemque prodigum cui bonis interdictum est in curatione jubet esse adgnatorum (1).

Il est certain qu'en adoptant le principe de l'interdiction, les Décemvirs n'innovèrent pas. Ce principe a une origine bien antérieure aux Douze-Tables. Il remonte, nous dit encore Ulpien, à la coutume primitive : *quod moribus quidem ab initio introductum est* (2). Un très important passage des Sentences de Paul nous apprend qu'un décret d'interdiction était prononcé par le préteur, et il en reproduit la formule; or c'est encore aux *mores* que ce texte rattache l'interdiction : *moribus per prætorem bonis interdicitur...* (3).

Nous avons parlé du temps primitif où l'assemblée des Gentils avait seule pouvoir de décider si un chef de famille devait être mis en curatelle pour cause de prodigalité ou de folie : voilà sans doute l'usage primitif d'où l'interdiction tire son origine (4). C'est dans la *gens* qu'elle fut pratiquée d'abord; c'est au droit gentilice que le législateur l'emprunta.

D'ailleurs, nous ne pouvons dire comment s'opéra cette première évolution qui fit entrer l'interdiction parmi les institutions de la cité. Les Décemvirs se bornèrent-ils à sanctionner la règle coutumière, ou la modifièrent-ils sur

(1) Ulpien, XII, 2. Cf. Inst. Just., I, 23, *De curat.*, 3. — Lydus parle d'une loi romaine sur la prodigalité, περὶ ἀσωτίας νόμον, qui aurait été empruntée à la législation de Corinthe, παρὰ Κορινθίων πάλαι τεθέντα, et qui serait d'ailleurs étrangère aux Douze-Tables : μετὰ τῶν δυόδεκα δέλτων. Lydus, *De Magistr*, I, 42. Ce renseignement est-il exact? Il n'est confirmé ni éclairé par aucun texte.

(2) Ulpien, D. XXVII, 10, *De cur. fur.*, 1 pr.

(3) Paul, *Sent.*, III, 4ᵃ § 7.

(4) *Suprà*, p. 1-3.

quelque point essentiel? Au moment où furent rédigées les Douze-Tables, était-ce encore à l'autorité gentilice qu'il appartenait de frapper d'interdiction les chefs de famille prodigues, et eut-elle encore ce pouvoir sous l'empire de la loi nouvelle? D'après un auteur (1), ce serait la loi des Douze-Tables qui aurait donné pour la première fois au magistrat, sans doute au consul, le droit de prononcer l'interdiction. Suivant un autre (2), elle aurait laissé ce droit à la famille, et l'intervention du magistrat, en cette matière, ne serait pas antérieure à la création de la préture. Ce sont là des opinions purement conjecturales entre lesquelles il ne m'est pas possible de prendre parti.

Tout ce que les sources nous permettent d'affirmer, c'est que l'interdiction remonte aux temps les plus lointains, et l'étude des législations comparées nous montre qu'en

(1) MUIRHEAD, *Introduction historique au droit privé de Rome*, trad. Bourcart, 1889, p. 171. — Nous verrons plus loin que, d'après M. Voigt, la loi ordonnait expressément au magistrat de prononcer l'interdiction : *Eâ re commercioque prætor interdicito. Infrà*, p. 86.

(2) CUQ, *Institutions juridiques des Romains*, p. 315. — Il n'est pas impossible que l'hypothèse de M. Cuq soit exacte, mais les arguments sur lesquels s'appuie le savant romaniste ne me semblent guère concluants. Il invoque un texte d'ULPIEN, dont nous aurons à nous occuper très longuement, D. XXVII, 10, *De cur. fur.*, 1. Le jurisconsulte y parle d'abord de l'interdiction prononcée en vertu de la loi des Douze-Tables, puis il ajoute que, de son temps, les curateurs sont nommés par le magistrat : d'où l'on serait autorisé à conclure que, d'après la loi des Douze-Tables, ce n'était pas au magistrat, mais à l'autorité familiale qu'il appartenait de prononcer l'interdiction. L'explication que je donnerai du texte d'Ulpien contiendra la réfutation de cet argument. — « On ne peut songer, dit encore M. Cuq, à faire intervenir ici le roi ou le consul, puisqu'il s'agit d'une mesure d'intérêt purement privé. » Pourquoi pas, objecterai-je? Les pouvoirs dont le préteur fut investi, n'étaient-ils pas, avant la création de la préture, exercés par les consuls?

dehors de Rome elle était généralement pratiquée chez les divers peuples gréco-italiques (1).

II. Il serait d'un grand intérêt de savoir quelles dispositions contenait la loi des Douze-Tables, sur l'interdiction et la curatelle du prodigue. Malheureusement l'ancien texte ne nous est pas parvenu. Nous possédons, grâce à Cicéron, un fragment de la loi relatif à la curatelle du *furiosus;* mais, pour ce qui est du prodigue, rien ne nous a été conservé.

Le silence des anciens auteurs s'expliquerait très bien si l'on devait admettre, avec Schöll (2), que la curatelle du prodigue n'était pas mentionnée dans la loi, et qu'elle avait pour unique fondement la disposition reproduite par Cicéron, celle qui donnait des curateurs au *furiosus*. D'après cet auteur, ce serait par une interprétation extensive du texte relatif au *furiosus,* que la jurisprudence comparant les prodigues à des fous, les aurait soumis à la curatelle légitime.

Cette opinion a été repoussée avec raison (3). La curatelle légitime du *furiosus* a toujours été strictement limitée, dans son application, au *furiosus* seul; elle n'a pas même été étendue au *mente captus,* au *demens,* pour qui il fallut créer une curatelle dative; à plus forte raison, n'a-t-elle pu l'être au prodigue. D'ailleurs, si la curatelle légitime du prodigue s'était introduite par voie d'interprétation,

(1) Leist, *Græco-italische Rechtsgeschichte,* § 11; *Alt-arisches jus gentium,* § 64. — L'interdiction se retrouve notamment à Athènes. Meier et Schömann, *Attisch. Prozess,* p. 299; Lipsius, I, p. 365-366. Platner, *Prozess und Klagen bei den Attikern,* II, p. 153-154.

(2) Schöll, *XII Tab.*, 1866, p. 130.

(3) Rudorff, *Vormundschaft*, I, p. 129; Bruns-Mommsen, *Fontes juris*, 1887, p. 22.

elle serait nécessairement postérieure à la loi des Douze-Tables; or, on sait qu'elle remonte à une coutume plus ancienne. Enfin il résulte bien du passage déjà cité des Règles d'Ulpien (XII, 1), que les Douze-Tables contenaient, sur la curatelle du prodigue, une disposition expresse : *furiosum itemque prodigum... in curatione jubet esse adgnatorum.*

Mais comment cette disposition était-elle conçue? C'est ce qu'il paraît bien difficile, sinon impossible, de savoir. On peut affirmer qu'elle appelait à la curatelle les agnats, et aussi, sans doute, à défaut d'agnats, les gentils (1). En dehors de cela, les sources ne nous apprennent rien.

Quelques savants ont tenté pourtant de restituer l'ancien texte : notamment Jacques Godefroy et M. Voigt.

Godefroy (2) a pris pour base de sa restitution le texte relatif à la curatelle du *furiosus*. Il a supposé que le prodigue y était mentionné à côté du fou, et qu'ainsi la même disposition réglait à la fois la condition de ces deux catégories de personnes. Elle aurait été ainsi conçue :

> SI FURIOSUS AUT PRODIGUS EXISTAT, AST EI CUSTOS NEC ESCIT, AGNATORUM GENTILIUMQUE IN EO PECUNIAQUE EJUS POTESTAS ESTO.

(1) Si Ulpien parle seulement des agnats (XII, 1), c'est certainement parce que le droit de *gentilitas* était depuis longtemps tombé en désuétude. Il n'y avait pas de raison pour que la loi n'appelât pas les Gentils à la curatelle du prodigue comme elle les appelait à la curatelle du fou. — V. *suprà*, p. 10, n. 1, le fragment des Douze-Tables concernant ce dernier genre de curatelle. V. aussi PAUL, D. L, 16, *De verb. signif.*, 53 *pr.*

(2) GODEFROY, *Fragm. XII Tabul.* (OTTO, *Thesaurus*, III, p. 171). Dans le même sens, v. BOUCHAUD, *Comment. sur la loi des Douze-Tables*, I, p. 512; DELAPORTE, *De la condition du prodigue*, thèse, Paris, 1881, p. 22 et s. *Contrà*, RUDORFF, *Vormundschaft*, I, p. 130, n. 5, 6.

Cette restitution est purement conjecturale. Elle ne trouve qu'un appui extrêmement faible dans le passage des Règles où il est dit que la loi des Douze-Tables place le fou et le prodigue sous la curatelle des agnats (1). Ce n'est pas là une citation textuelle de la loi, et rien n'autorise à supposer que le fou et le prodigue étaient rapprochés dans le texte des Douze-Tables comme ils le sont dans la phrase d'Ulpien.

Il y a, au contraire, des raisons décisives de penser qu'il en était autrement. D'abord, si on se reporte au fragment que Cicéron nous a conservé, on constate qu'il vise exclusivement la curatelle du fou : il ne mentionne pas celle du prodigue (2). Puis les différences qui existent entre les deux

(1) ULPIEN, XII, 2.

(2) A ce fragment : « *Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto,* » Godefroy ajoute arbitrairement : 1° les mots *aut prodigus;* 2° les mots *ast ei custos nec escit.* Ce dernier membre de phrase appartient bien à la loi des Douze-Tables; Festus le cite à l'appui d'une observation grammaticale (*v°* NEC), mais sans dire à quelle disposition il l'emprunte, et on n'est nullement autorisé à l'intercaler dans la partie du texte relative à la curatelle du fou et à celle du prodigue. Il résulte à la vérité de certains textes que les personnes déjà pourvues de tuteurs ou de curateurs n'étaient pas mises en curatelle pour cause de folie ou de prodigalité; mais cette solution ne prévalut pas sans discussion. On se demanda si un pupille atteint de folie devait recevoir un curateur : ULPIEN, D. XXVI, 1, *De tutelis*, 3. Le seul fait que la question ait pu être posée démontre qu'il n'y avait pas dans la loi de disposition formelle, excluant dans cette hypothèse la curatelle du fou. PERNICE, *Labeo*, I, p. 234, n. 4. BRUNS-MOMMSEN, *Fontes juris*, *l. c.* Bruns suppose que les mots cités par Festus, *ast ei custos nec escit*, faisaient partie d'une disposition concernant les délits commis par le fou. Mommsen pense, au contraire, avec Schöll (*l. c.*, p. 109), que ces mots doivent prendre place dans le fragment *si furiosus escit...* M. Voigt les rapporte à une disposition spéciale qu'il complète ainsi : *ast ei custos nec escit, constringito.* VOIGT, *XII Tafeln*, I, p. 714.

curatelles ne permettent guère d'admettre qu'une formule commune ait pu tout à la fois convenir à l'une et à l'autre.

On peut, à cet égard, faire plus d'une critique au texte proposé par Godefroy. Il appelle dans les mêmes termes les agnats à la curatelle du fou et à celle du prodigue, sans exprimer que, pour le prodigue, un décret d'interdiction doive préalablement être rendu; or, il est très naturel de penser que ce décret était mentionné dans la loi, puisqu'il était, au dire d'Ulpien, rendu en vertu de la loi elle-même (1), et le passage des Règles, déjà plusieurs fois cité, nous confirme dans cette opinion : *prodigum cui bonis interdictum est,* y lisons-nous (2). De même, le texte de Godefroy applique au prodigue comme au fou la formule *in eo pecuniaque ejus potestas esto;* or, cette formule se conçoit bien dans le cas de folie, car alors le curateur n'a pas seulement le droit d'administrer les biens (*in pecunia*); ses soins doivent s'étendre aussi à la personne de l'aliéné (*in eo*) (3). Mais le curateur du prodigue n'a de pouvoir que sur le patrimoine de l'incapable; il n'en a pas sur sa personne, et, en ce qui le concerne, les mots *in eo* ne s'expliqueraient guère.

Le plus récent commentateur des Douze-Tables, M. Voigt, n'admet pas qu'une disposition unique s'appliquât aux deux sortes d'incapables. Il pense que la loi parlait séparément du prodigue, en des termes qui ne pouvaient convenir qu'à lui seul. Elle ordonnait d'abord au consul de prononcer le décret d'interdiction (4), et les expressions

(1) D. XXVII. 10, *De cur. fur.,* 1 pr.
(2) Ulpien, XII, 2.
(3) D. XXVII, 10, *De cur. fur.,* 7 pr.
(4) Elle disait, d'après M. Voigt : *prætor interdicito.* On sait que les

qu'elle employait pour cela durent passer dans la formule du décret, de telle sorte qu'on est autorisé à remonter de cette formule au texte même des Douze-Tables (1). Elle appelait ensuite à la curatelle les agnats et les gentils. Voici, d'après M. Voigt (2), comment elle s'exprimait :

> QUI SIBI HEREDIUM NEQUITIA SUA DISPERDIT LIBEROSQUE SUOS AD EGESTATEM PERDUCIT, EA RE COMMERCIOQUE PRÆTOR INTERDICITO. IN ADGNATUM GENTILIUMQUE CURATIONE ESTO (3).

C'est là une brillante hypothèse. Est-il possible de l'accepter? J'admets, avec le savant professeur de Leipzig, qu'une disposition spéciale consacrait la curatelle légitime du prodigue et qu'il y était expressément fait mention du décret que le préteur devait prononcer; mais, la loi employait-elle précisément les termes qu'on rencontre dans ce décret, tel que les Sentences de Paul le reproduisent? Il est bien hardi de l'affirmer.

On verra, par la suite de cette étude, que les termes

consuls s'appelaient à l'origine *prætores*. Voy. MOMMSEN, *Röm. Staatsrecht*, II, 2e éd., p. 71; WILLEMS, *Droit public romain*, 5e éd., p. 258, n. 1.

(1) Citons, d'après Paul, la formule du décret : *quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico.*

(2) VOIGT, *XII Tafeln*, I, p. 715; *Jus naturale*, IV, p. 129, n. 46. Je relève, dans une thèse de doctorat, soutenue devant la Faculté de droit de Paris antérieurement à l'ouvrage de M. Voigt, une restitution analogue à celle du savant professeur allemand. Lambert, *De la condition du prodigue*, thèse, Paris, 1876, p. 15. L'auteur adopte l'hypothèse de Godefroy, mais il ajoute, après les mots *aut prodigus*, « *eique bonis paternis avitisque interdictum escit.* »

(3) M. Voigt substitue, dans la formule du décret, *heredium* à *bona paterna avitaque*, et c'est pourquoi il introduit le mot *heredium* dans le texte des Douze-Tables. Nous verrons plus tard sur quoi il fonde cette hypothèse, et si elle est admissible. *Infrà*, p. 117, n. 1.

du décret sont parfaitement d'accord avec les principes de l'ancienne loi, et on pourrait être disposé à en conclure qu'ils ont été empruntés au texte même des Douze-Tables. Toutefois, cette conclusion ne serait pas suffisamment établie. Nous savons, en effet qu'avant les Douze-Tables l'interdiction existait déjà; il y avait alors, sans doute, une formule d'interdiction qui était fixée par la coutume, et rien ne prouve que le législateur ait jugé à propos de dicter au magistrat le décret qu'il devait rendre. Peut-être se borna-t-il à poser en principe que le prodigue frappé d'interdiction serait soumis à la curatelle des agnats, de telle sorte que les magistrats continuèrent d'employer la formule consacrée par la tradition. C'est une conjecture aussi, mais qui me paraît préférable à celle de M. Voigt. Elle a pour elle le passage des Sentences où Paul donne les termes du décret d'interdiction, en les rattachant à la coutume et non à la loi : MORIBUS *per prætorem interdicitur*... Elle nous permet de comprendre que l'interdiction soit ainsi présentée comme une institution coutumière, alors qu'Ulpien la fonde expressément sur la loi des Douze-Tables : LEGE DUODECIM TABULARUM *prodigo interdicitur*... La loi posait le principe de l'interdiction, mais c'est d'après la coutume que les termes du décret étaient fixés.

Reconnaissons en somme, qu'il y avait dans la loi une disposition expresse et distincte, concernant l'interdiction et la curatelle du prodigue (1); mais imitons la prudente réserve qu'observent beaucoup d'auteurs (2), et abstenons-

(1) Dans le classement adopté par la plupart des auteurs, Godefroy, Dirksen, Bruns, etc., cette disposition fait partie de la cinquième table. M. Voigt la place dans la sixième.

(2) DIRKSEN, *Zwölf Taf.*; RUDORFF, *Vormundschaft*, I, p. 129-130; BRUNS, *Fontes juris*; GIRARD, *Textes de droit romain*, etc.

nous de tenter une restitution pour laquelle nous ne possédons pas les éléments nécessaires.

III. La prodigalité n'avait pas seulement cet effet de rendre l'interdiction possible et de donner ainsi ouverture à la curatelle. Elle trouvait, dans les mœurs, une autre sanction.

Lorsqu'un citoyen s'était mis, par son inconduite, dans la nécessité de vendre tous ses biens pour payer ses créanciers, et particulièrement de vendre les biens transmis par ses ancêtres, la maison paternelle, il était frappé par la réprobation universelle. Il devenait, aux yeux de tous, *turpis*, *improbus : Quum paterna emancuparet prædia, turpis habebatur* (1). Il n'était pas, à proprement parler, noté d'infamie; mais son *existimatio* n'était plus intacte. La tache dont il était désormais marqué avait, sur sa capacité juridique, des effets qu'il est assez difficile de déterminer avec précision. Nous savons, par un passage de Quintilien, que celui qui avait dissipé l'héritage paternel ne pouvait plus prendre la parole dans les assemblées populaires : *qui bona paterna consumpserit, ne contionetur* (2). Très vraisemblablement aussi, il ne lui était plus permis de remplir certaines fonctions, notamment d'être tuteur, d'être témoin (3). Les textes que j'ai cités nous prouvent que ces diverses incapacités étaient encourues, indépen-

(1) Quintilien, *Inst. or.*, VI, 3, 44. V. aussi Cicéron, *De orat.*, II, 55. — Voigt, *XII Tafeln*, II, § 102, n. 33. Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, p. 82-83, p. 255, n. 10.

(2) Quintilien, *Inst. orat.*, III, 11, 13. — Mommsen, *Staatsrecht*, I, p. 194, n. 6; trad. Girard, I, p. 229, n. 2.

(3) V. *infrà*, 2me partie, I.

damment de toute décision du magistrat, par celui qui avait consommé la ruine de son patrimoine; mais elles résultaient sans doute aussi de l'interdiction (1). On a supposé, sans raison suffisante, il me semble, que la loi des Douze-Tables contenait à ce sujet une disposition spéciale, et que le prodigue y était expressément déclaré *improbus intestabilisque* (2).

Les pouvoirs des magistrats à qui appartenait le *regimen morem* complètent l'ensemble des garanties prises par le droit ancien contre le danger de la prodigalité. Nous voyons, en l'an 684 de la fondation de Rome, Antoine exclu du Sénat par décision des censeurs, parce qu'il avait dû vendre ses biens pour payer ses créanciers : *Antonium... Censores... senatu moverunt causasque subscripserunt quod... propter æris alieni magnitudinem prædia manciparit, bonaque sua in potestate non habeat* (3).

(1) VOIGT, *XII Tafeln*, I, § 45, n. 4.

(2) SCHULIN, *Gesch. des röm. R.*, p. 38, n. 4.

(3) ASCONIUS, sur Cicér., *In toga cand.*, p. 84, Orelli. Voyez encore LYDUS, *De magistr.*, I, 43, et d'autres textes cités par MOMMSEN, *Röm. Staatsrecht*, II, 2e éd., p. 368, n. 2. HUMBERT, dans le Dictionnaire des antiquités, v° *Censor*, p. 997, n. 205. CHAUVEAU, *La censure à Rome*, thèse, Rennes, 1888, p. 107.

II.

La curatelle légitime et la curatelle dative. — Conditions requises pour l'ouverture de la curatelle.

Des conditions requises pour l'interdiction des prodigues, et en particulier des conditions spéciales auxquelles était subordonnée l'ouverture de la curatelle légitime, et en dehors desquelles s'ouvrait la curatelle dative.

I. *Première condition : la prodigalité. Comment les Romains la désignaient et comment ils l'ont toujours définie.*

II. *Deuxième condition : le prodigue devait être* sui juris. *L'interdiction a-t-elle jamais été applicable au fils de famille prodigue?*

III. *Troisième condition, spéciale à la curatelle légitime : la loi exigeait que le prodigue eût recueilli la succession de son père,* bona paterna avitaque, *comme héritier* ab intestat. — IV. *On comprend que la loi ait exclusivement veillé à la conservation de l'héritage paternel : l'ancienne interdiction avait uniquement pour but la défense de la famille civile. Mais pourquoi fallait-il que l'héritage eût été recueilli* ab intestat? — V. *D'après M. Accarias, c'était là une condition requise dans tous les cas pour que la tutelle légitime ou la curatelle légitime fût déférée. Argument tiré de la* laudatio Turiæ. *Réfutation.* — VI. *Suivant d'autres auteurs, cette condition n'était pas requise en matière de tutelle, mais elle l'était pour la curatelle du fou comme pour celle du prodigue. Argument tiré du texte des Douze-Tables. Réfutation. Il faut reconnaître qu'il y avait là une particularité de la curatelle du prodigue.* — VII. *Comment cette particularité s'explique-t-elle? Critique d'une explication fondée sur la volonté présumée du testateur.* — VIII. *L'explication doit être cherchée dans les plus anciennes origines de la propriété familiale et du droit héréditaire* (*L'*Heredium. *Le* Suus Heres).

IX. *Était-il nécessaire que le prodigue eût des enfants pour que la curatelle légitime pût s'ouvrir?*

X. *L'interdiction pouvait-elle être prononcée contre une personne déjà placée en tutelle ou en curatelle à raison de son âge, ou de son état mental, ou de son sexe?*

XI. *Résumé des divers cas où, à défaut des conditions requises*

pour l'ouverture de la curatelle légitime, le prodigue était mis en curatelle par le magistrat. Depuis la création de la curatelle dative, l'interdiction n'eut plus pour base l'intérêt de la famille civile. Raison d'intérêt social et raison d'intérêt privé qui lui servent de fondement.

De quelque manière que l'ancien texte des Douze-Tables fût rédigé, on peut affirmer qu'il n'assurait pas d'une façon générale à tous les prodigues la protection de la curatelle légitime. Ce qui le démontre, c'est l'existence de la curatelle honoraire ou dative (1). Il y avait certains cas où le préteur nommait des curateurs pour cause de prodigalité, alors que, d'après la loi, la curatelle n'aurait pu s'ouvrir. Quels étaient donc ces prodigues que la loi n'atteignait pas, et que la création de la curatelle honoraire eut pour but de protéger? On peut citer d'abord, en cette matière comme pour toutes sortes de curatelles ou de tutelles, ceux qui étaient étrangers à toute famille civile, à toute *gens,* et qui par conséquent manquaient d'agnats ou de gentils à qui la curatelle légitime pût être déférée : par exemple les affranchis, les enfants nés en dehors des justes noces, les enfants émancipés. Mais ce n'était pas la seule lacune que présentât l'interdiction du droit ancien. Elle avait, à d'autres égards, des limites étroites, que je me propose de préciser. Nous verrons ainsi quel fut le domaine où put s'appliquer la nouvelle curatelle dative.

Cette étude nous montrera que les deux curatelles ne répondaient pas à la même façon de comprendre et de justifier l'interdiction des prodigues, mais qu'elles procédaient de deux systèmes de législation essentiellement différents, par leurs tendances et par leur esprit.

(1) Ulpien, XII, 3.

I. Nous avons vu, en traitant de la curatelle du *furiosus*, que les Décemvirs s'étaient fait de la folie une idée étroite, qui dut plus tard être complétée. On ne constate rien de semblable, pour ce qui concerne la curatelle du prodigue. Les Romains paraissent avoir toujours défini de la même manière le défaut de conduite qu'on nomme prodigalité.

Le prodigue, c'est celui qui dissipe son patrimoine en folles dépenses; c'est, d'après le sens étymologique du mot, celui qui jette l'argent devant soi, (PRO-DIGERE [1], PRO-AGERE) et, comme on dit vulgairement, par les fenêtres [2]. PRODIGITAS *dicta a profusione*, dit Nonius Marcellus [3].

La prodigalité était caractérisée, dans le décret d'interdiction, par deux mots très expressifs : NEQUITIA DISPERDERE. DISPERDERE : c'est le fait de dilapider, de gaspiller son patrimoine [4]. NEQUITIA. Étymologiquement, ce mot exprime l'absence de modération et d'équilibre (*ne æquitia*) de l'homme qui ne proportionne pas ses dépenses à son

(1) *Prodigere*, dans le sens de dissiper, est plusieurs fois employé au Digeste. ULPIEN, D. XXXVIII, 4, *Si quid in fraudem patroni*, 1 §§ 16, 17. MODESTIN, D. I, 18, *De offic. præs.*, 18. — P. DIAC., *Excerpta ex libris P. Festi*, XIV, v° *Prodigere : Prodigere est consumere, unde et prodigus fit.*

(2) POTT, *Etymolog. Forschungen*, III, p. 403. BRÉAL et BAILLY, *Dictionnaire étymol. latin*, 1885, v° *Ago*. Au temps de l'astrologie, on disait que les prodigues naissaient sous le signe du Verseau : *Prodigi sub aquario nascuntur, quia opes profundunt instar amphoræ quæ aquam versat et projicit*. Cité par DENISART, au mot *Prodigue*, 7e éd., IV, p. 32.

(3) NONIUS MARCELLUS, *De honestis*, éd. QUICHERAT, 159, 35. — *Prodigalitas* est très rare. *Prodigentia* se trouve dans Tacite. — V. FORCELLINI, *Lexicon*.

(4) PLAUTE, Casina, v. 143 : *bibe, es, disperde*. « Bois, mange, dissipe ton bien. » NONIUS MARCELLUS, *loc. cit.*, 81, 15 : *rem disperdit et meam dotem comest.*

avoir (1). Nous savons par Aulu Gelle que, dans son acception la plus ancienne, *nequitia* était synonyme de *luxuria, luxus vitæ prodigus effususque*, mais que plus tard il cessa d'être employé en ce sens, et servit surtout à désigner l'astuce, la fourberie (*solertia, astutiaque*) (2). On appelait *nequam* celui qui menait une vie de désordres, par opposition à l'homme tempérant, *frugi* (3). Pour établir le véritable sens de ces mots, Aulu Gelle cite divers passages de Cicéron, de Q. Claudius, de Varron, de Scipion l'Africain (4). Il aurait pu citer la formule du décret d'interdiction (5).

A côté des termes que cette formule avait consacrés et qui étaient, pour ainsi dire, officiels, on peut en signaler d'autres qui présentaient le même sens : d'abord l'ancien mot NEPOS, d'origine étrusque (6), qui peut-être se trouvait

(1) VOIGT, *XII Tafeln*, II, § 164, n. 2; *Jus naturale*, III, p. 763 et s. CORSSEN, *Aussprechen*, I, 2e éd., p. 108. D'autres font venir *nequam* de *nihil quicquam*, homme de rien. POTT, *Etymol. Forch.*, I, p. 387. BRÉAL et BAILLY, *Dictionn. étymol.*, v° *Nequam*.

(2) A. GELLE, VI, 11, 7.

(3) CICÉRON, *De orat.*, II, 61, 248. A. GELLE, VI, 11, 2.

(4) Je relève notamment la citation de Q. CLAUDIUS : *luxuria et nequitia pecuniam magnam consumpserat*. Rappelons aussi ce vers de l'ancien poëte Lucilius : *nequitia occupat hos, petulantia* (ou *penulentia*) *prodigitasque* (Satires de LUCILIUS, VI, 9, éd. Panckouke); et ces mots d'un commentateur de Térence : *rem familiarem ad nequitiam prodigere*. DONATUS, sur Térence, *Eun., prol.*, 10.

(5) *Nequitia* est encore employé au Digeste, mais en dehors de la matière de l'interdiction, et pour désigner d'une façon générale les mauvaises mœurs, l'inconduite. PAUL, D. XXI, 1, *De ædil. edict.*, 43 § 4 : *propter nequitiam malosve mores flagitiumve aliquod...* JULIEN, cité par ULPIEN, D. XLIII, 30, *De liber. exhib.*, 3 § 4 : *calumniator, notæ nequitiæ*.

(6) FESTUS, v° *Nepotes : Nepos luxuriosus a Tuscis dicitur*. O. MULLER, *Etrusker*, I, 2e éd., p. 262, n. 115. POTT, *Etymol. Forsch.*, II, 1, p. 821.

dans la loi des Douze-Tables (1), mais qu'on ne rencontre pas dans les écrits des jurisconsultes (2), et qui paraît avoir cédé la place à PRODIGUS, transformé en substantif (3); le mot LUXURIA, dans le sens de prodigalité (4); LUXURIOSUS, employé comme synonyme de *prodigus,* et parfois associé à ce mot (*luxuriosus atque prodigus*) (5); diverses périphrases, comme celles dont se sert Ulpien dans un passage de ses Règles (6), *qui male dissipant bona;* ou dans cet autre frag-

(1) VOIGT, *XII Tafeln*, II, § 164, n. 3. LYDUS, *De magist.*, I, 42 : τίτλος δὲ ἤτοι παραγραφὴ τῷ νόμῳ *de nepotibus*, V. *suprà*, p. 80, n. 1.

(2) V. le dictionnaire de FORCELLINI, v° *Nepos*. CICÉRON, *De lege agrar.*, II, 18, 48. HORACE, *Ep* , I, 15, 36, etc.

(3) Le mot *Prodigus*, employé comme substantif, se trouve pour la première fois dans Gaius. GAIUS, I, 53 ; D. II, 14, *De pactis*, 28 § 2; D. XXVII, 10, *De cur. fur.*, 13. Voici les autres textes où on le rencontre : ULPIEN, XII, 2, 3; XX, 13; D. XXVII, 10, *De cur. fur.*, 1 pr.; D. XXVII, 4, *De contr. tutel.*, 1 § 2; D. XLII, 4, *Quib. ex caus. in poss.*, 7 § 12; D. XLII, 5, *De rebus auctor. judic.*, 19 § 1 ; D. XLVI, 1, *De fidej. et mand.*, 25 ; D. XLVI, 6, *Rem pupilli vel adol.*, 4 § 8. PAUL, *Sent.*, III, 4ᵃ § 12; D. XXVII, 10, *De cur. fur.*, 15 § 1. TRYPHONINUS, D. XXVII, 10, *De cur. fur.*, 16 §§ 1-3. HERMOGENIEN, D. XXVI, 7, *De admin. et peric. tutor.*, 48; D. L, 4, *De muner. et honor.*, 1 § 4. Voy. VOIGT, *XII Tafeln*, II, § 164, n. 3.

(4) NONIUS MARCELLUS, *De signif. verb.*, éd. QUICHERAT, 339, 30 : *luxuria est contra pudorem et modum profusio.* Il faut rapprocher de *luxuria*, le mot LASCIVIA, employé peut-être dans le sens de prodigalité par Capitolinus, *Vie de Marc Aur.*, c. 10. Le sens de ce texte est très discuté. — Voy. ISIDORE DE SÉVILLE, 1 *Differ.*, n. 39 : *lascivus, luxu; petulans, temeritate.* — Sur l'emploi des mots *luxuria* et *lascivia*, dans la matière des Fautes, voy. PERNICE, *Labeo*, II, p. 380-386.

(5) JULIEN, D. XLI, 4, *Pro empt.*, 8. ULPIEN, D. IV, 3, *De dolo malo*, 11 § 1.

(6) ULPIEN, XII, 3. Cf. CICÉRON, *De senect.*, 7, 22 : *nostro more* MALE REM GERENTIBUS *patribus bonis interdici solet.* GAIUS, I, 53 : MALE *enim nostro jure uti non debemus.*

ment (1), emprunté au Digeste et peut-être altéré par les compilateurs (2), *talem hominem qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit;* enfin, les nombreuses expressions (3) par lesquelles les auteurs anciens désignent celui qui dissipe, anéantit ses biens dans une vie de désordres, *flagitiis dissjicit, perdit in flagitiis, luxuriando consumit,* celui qui les dévore, *comest, devorat, abligurit*, le destructeur, le démolisseur de patrimoine : *consumptor, eversor* (4). Je laisse de côté, pour le moment, l'expression la plus fréquemment employée par les jurisconsultes, *is cui bonis interdicitur,* parce qu'elle ne nous apprend rien sur la nature du vice qu'il s'agit de définir.

Ce qu'on doit particulièrement remarquer et ce que cette terminologie atteste, c'est qu'il ne suffit pas, pour mériter l'interdiction, de compromettre son patrimoine par une gestion imprudente ou par des largesses inconsidérées. Les gens qui marchent à leur ruine ne sont pas tous des prodigues. Cicéron les divise en deux classes, les PRODIGI et les LIBERALES, et voici comment il les définit :

> CICÉRON, *De officiis*, II, 16, 55-56. Omnino duo sunt genera largorum, quorum alteri prodigi, alteri liberales : pro-

(1) ULPIEN, D. XXVII, 10, *De cur. fur.*, 1 § 1.

(2) Dans le sens d'une interpolation, v. LENEL, *Paling. juris*, II, p. 1019, n. 6. KALB, *Juristlatein*, p. 79, n. 7. *Contrà :* GLÜCK, *Pandect.*, XXXIII, p. 170.

(3) V. les textes cités par VOIGT, *XII Tafeln*, II, § 102, n. 34, 35; § 164, n. 2, 3. VALÈRE MAXIME, III, 5, 2 : *pecuniam flagitiis disjici* (V. *infrà*, p. 106, n. 2). A. GELLE, VI, 11, 9 : *plus tertia parte pecuniæ paternæ perdidisti atque absumpsisti in flagitiis*, etc.

(4) EPITOME, *Gaii*, I, 8.

digi, qui opulis et viscerationibus et gladiatorum muneribus, ludorum venationumque apparatu pecunias profundunt in eas res quarum memoriam aut brevem, aut nullam omnimodo sint relicturi ; liberales autem, qui suis facultatibus aut captos a prædonibus redimunt, aut æs alienum suscipiunt amicorum, aut in filiarum collocatione adjuvant, aut opitulantur in re vel quærenda vel augenda.

On le voit : pour qu'un *paterfamilias* puisse être frappé d'interdiction, il faut que les dépenses par lesquelles il épuise son patrimoine soient d'une certaine nature, qu'elles aient pour seul but de satisfaire les passions et les caprices d'un moment. Elles n'auraient pas ce caractère, si elles tenaient à un esprit de générosité irréfléchi ou à de faux calculs. Ce n'est pas être prodigue, que de faire des libéralités même excessives, par exemple pour établir ses filles (*in filiarum collocatione*) (1), ou de s'engager trop facilement dans l'intérêt de ses amis, ou d'exposer ses capitaux, dans des entreprises peu sûres (2). Ce qui caractérise le prodigue, ce qui explique l'exagération de ses dépenses, c'est un penchant trop vif pour les jouissances qu'elles procurent, c'est un défaut de prévoyance et de caractère qui le rend incapable de se modérer. La prodigalité suppose l'amour des plaisirs et du luxe, l'absence de frein moral, le dérèglement des mœurs. Les anciens l'oppo-

(1) Ulpien fait remarquer, à propos d'une question d'ailleurs étrangère à la matière de l'interdiction, qu'il y a une différence entre *prodigere* et *donare*. Ulpien, D. XXXVIII, 5, *Ne quid in fraud. patr.*, 1 §§ 16-17.

(2) Juvénal dit bien, à propos de ceux qui, pour s'enrichir, affrontent les dangers de la mer : *Curatoris eget qui navem mercibus implet...* (*Satir.*, XIV, v. 288) ; mais il ne veut certainement pas dire qu'il y ait une curatelle pour les téméraires.

saient à un autre vice, la *malitia*, qui est la méchanceté d'âme et dont le prodigue est du moins exempt (1).

Cette analyse de la prodigalité s'accorde parfaitement avec les diverses expressions employées dans les textes pour qualifier la conduite des dissipateurs : *nequitia disperdere, male* (2) *dissipare, dilacerando et dissipando profundere, perdere in flagitiis*, etc. Elle est confirmée par la synonymie des mots *luxuriosus* et *prodigus*, et on peut citer encore, pour en démontrer l'exactitude, une déclamation de Quintilien (3), dont le sujet est assez curieux. Un riche citoyen consacre sa fortune à entretenir une bande de jeunes débauchés qui ont été frappés d'*abdicatio* et sont ainsi devenus sans famille; il s'est constitué la Providence des *abdicati, pastor abdicatorum*. On le poursuit : *læsæ reip. reus*. Or, dans sa défense, il se fonde précisément sur ce que sa conduite n'a rien d'immoral, sur ce que les dépenses qu'il fait ne sont pas de celles qui pourraient justifier une interdiction : *non meretricibus donat* (4).

(1) Cette antithèse se trouve dans le passage déjà cité d'Aulu Gelle, VII, 11, 9 : *Omnia mala, probra, flagitia, quæ homines faciunt, in duabus rebus sunt, malitia atque nequitia. Utrum defendis, malitiam an nequitiam, an utrumque simul?...* Voyez aussi Quintilien, *Inst. orat.*, VII, 2, 29 : *Sunt enim pleraque non solum dissimilia, sed etiam aliquando contraria : ut, si reus furti prodigus dicatur aut negligens. Neque enim videtur in eumdem et contemptus pecuniæ et cupiditas cadere.* Cette dernière observation est-elle bien juste? Est-il impossible d'être à la fois prodigue et voleur?

(2) Le mot *male* a ici un sens très énergique. Le texte de Cicéron, cité plus haut « *male rem gerentibus patribus... interdici solet,* » ne doit pas être entendu en ce sens que l'interdiction atteint tous ceux qui *gèrent mal* leur fortune. Il ne s'agit pas simplement de dissipation, mais de dilapidation, tenant à l'inconduite.

(3) Quintilien, *Declam.*, 260.

(4) Quintilien, *loc. cit... Si faciendæ sunt impensæ, si perdendum*

La notion de prodigalité, en droit romain, ne s'est pas modifiée. Il n'y avait pas lieu de l'élargir, et elle est restée aujourd'hui encore ce qu'elle était jadis à Rome. C'est pour avoir méconnu ce principe qu'on a parfois dirigé contre les restrictions apportées par notre droit à la capacité des prodigues, des critiques tout à fait injustifiées (1).

II. Pour que le vice que nous venons de définir pût entraîner l'interdiction, il fallait nécessairement que le prodigue ne fût plus sous la puissance de son père. Ce n'était pas aux fils de famille, c'était aux pères prodigues que s'appliquait l'interdiction romaine : *male rem gerentibus* PATRIBUS (2), et on en comprend la raison : tant que l'enfant était soumis à la puissance paternelle, il n'avait rien qui lui appartînt, par conséquent rien qu'il pût dissiper.

Ce principe était à l'origine assez rigoureux pour que le fils de famille se trouvât dans l'impossibilité de compro-

aliquid, non potest honestiore vita impendere; non meretricibus donat; non in parasitos profundit; non illi magno cupiditates suæ constant. Sumptuosus est misericordia. Edit. Lemaire, VI, p. 71.

(1) On a demandé, par exemple, s'il était admissible que le savant ou l'inventeur, qui se passionne pour ses recherches et leur sacrifie héroïquement sa fortune, fût privé de sa capacité. V. sur ce point, BATBIE et DUVERGIER, dans la *Revue critique de législation*, XXX, p. 402-411. DEMOLOMBE, VIII, 692. AUBRY et RAU définissent le prodigue, celui qui, *par dérèglement d'esprit ou de mœurs*, dissipe sa fortune en excessives et folles dépenses : I, p. 563. Il me semble préférable, et plus conforme à la tradition romaine, de ne parler que du dérèglement des mœurs. S'il y a dérèglement d'esprit, on est dans une hypothèse de faiblesse d'esprit ou de folie.

(2) CICÉRON, *De senect.*, 7, 22.

mettre, par ses instincts de dépense, la conservation du patrimoine. La règle qui l'empêchait d'acquérir était alors sans exception, et très vraisemblablement il ne lui était pas plus permis de s'obliger par contrat que de faire des acquisitions (1). Mais il ne fut pas toujours aussi absolument incapable. On lui reconnut le pouvoir de contracter des obligations, et aussi celui d'acquérir certains biens, les *bona castrensia* par exemple. Muni de cette demi-capacité, le fils prodigue n'allait-il pas, en se grevant de dettes, dissiper d'avance les biens qu'il était appelé à recueillir un jour dans la succession de son père? n'allait-il pas dévorer immédiatement ceux dont il était déjà réputé propriétaire? Il y avait, semble-t-il, des raisons très graves de le soumettre à l'interdiction, bien qu'il fût *alieni juris*. Cette extension de l'interdiction ne fut pourtant pas admise.

D'abord, pour ce qui est des dettes du fils prodigue, et de la menace qu'elles tenaient suspendue sur l'héritage paternel, c'était là sans doute un sérieux danger, mais il est certain que l'interdiction ne fut jamais employée comme moyen d'y remédier. Il serait intéressant de rechercher si la nouvelle incapacité créée à la charge du fils de famille par le sénatus-consulte macédonien n'eut pas précisément pour but de suppléer, dans une certaine mesure, au défaut d'interdiction, et si d'autre part la puissance paternelle ne fournissait pas au père des armes suffisantes pour la défense du patrimoine, menacé par la prodigalité de l'enfant (2). Mais ces questions nous entraîneraient trop loin de notre sujet, et je me borne à les indiquer.

(1) MANDRY, *Familiengüterrecht*, 1871, I, p. 6 et s., p. 340 et s. VOIGT, *XII Tafeln*, II, § 93, n. 8.

(2) Le père ne pouvait-il pas écarter l'enfant par l'*abdicatio*, par l'é-

Pour les biens tels que les *bona castrensia*, la prodigalité de leur propriétaire les exposait à un danger plus immédiat, et on se demanda quelles mesures il convenait de prendre pour en assurer la conservation.

Nous savons, par une constitution de Justinien, que la question se posa particulièrement dans le cas où le fils de famille, propriétaire de *bona castrensia*, était atteint de folie.

> C. Just., V, 70, *De cur. fur.*, 7 pr. Cum furiosus quem morbus detinet perpetuus, in sacris parentis sui constitutus est, indubitate curatorem habere non potest : quia sufficit ei ad gubernationem rerum quæ ex castrensi peculio vel aliter ad eum pervenerunt, et vel (ante furorem) ei acquisitæ sunt, vel in furore obveniunt, vel in his quorum proprietas ei tantummodo competit, paterna verecundia : quis enim talis adfectus extraneus inveniatur, ut vincat paternum? vel cui alii credendum est res liberorum gubernandas, parentibus derelictis? Licet Tertullianus juris antiqui interpres libro singulari, quem de castrensi peculio condidit, tali tractatu proposito videatur obscure eamdem attingere sententiam, nos tamen hoc apertissime introduximus.

Ce texte décide que l'administration des biens fera retour au père, mais il nous apprend en même temps que des difficultés s'étaient élevées entre les anciens jurisconsultes. Déjà, dans un passage obscur, Tertullien paraissait donner la solution que l'Empereur se félicite d'avoir très explicitement consacrée : *introduximus apertissime*.

mancipation, ou enfin par une exhérédation testamentaire? Pour ce qui concerne particulièrement l'exhérédation, on peut se demander si la prodigalité de l'enfant suffisait à la justifier et a exclure la *querela inofficiosi testamenti*. V. Tryphoninus, Dig., XXVII, 10, *De cur. fur.*, 16 § 2.

Sans doute, tous les jurisconsultes ne partageaient pas cet avis. Il est permis de croire que certains proposaient de nommer un curateur pour l'administration du pécule : autrement l'auteur de la constitution n'insisterait pas comme il le fait sur les raisons qui doivent faire rejeter la nomination du curateur.

La question était identiquement la même, lorsqu'il s'agissait d'un prodigue, et elle dut soulever les mêmes difficultés. Ceux qui mettaient le fils de famille en curatelle comme fou devaient aussi l'y mettre comme prodigue, et cette opinion appliquait bien au fils de famille, dans une hypothèse particulière, le régime de l'interdiction; mais elle ne prévalut pas. On admit que l'administration du pécule devait revenir au père (1). Ainsi fut respecté le principe qui ne permettait pas qu'une personne *alieni juris* fût en curatelle. La prodigalité comme la folie du fils de famille n'avait pas d'autre effet que de faire recouvrer au père une partie des droits que la théorie des pécules avait détachés de la puissance paternelle.

III. Nous venons d'étudier les deux conditions essentielles qui furent de tout temps requises en matière d'interdiction, sans distinction entre la curatelle légitime et la curatelle dative. Mais il y avait une autre condition, à laquelle était subordonnée l'ouverture de la curatelle légitime, et que la création de la curatelle dative eut précisément pour but d'exclure : il fallait que le *paterfamilias* prodigue eût succédé à son père, et qu'il lui eût succédé

(1) Accarias, *Précis*, I, 4e éd., p. 432, n. 2. Windscheid, *Pandect.*, II, § 432, n. 5. Fitting, *Castrense peculium*, 1871, p. 177-178.

ab intestat. Peut-être la loi exigeait-elle formellement qu'il en fût ainsi ; peut-être au contraire ne contenait-elle à ce sujet aucune disposition. On discute sur ce point (1), mais ce qui est certain, c'est qu'en dehors de cette condition, la curatelle légitime ne s'ouvrait pas et ne put jamais s'ouvrir.

Dans le décret d'interdiction que les Sentences de Paul nous ont conservé, nous voyons le préteur reprocher expressément au prodigue de dilapider les biens qui lui ont été transmis par son père et par ses ancêtres paternels : *Quando tibi* BONA PATERNA AVITAQUE *nequitia tua disperdis*(2) ; et dans un texte, qu'il faut citer ici, Ulpien nous apprend que, si le prodigue était venu à la succession en vertu d'un testament, il échappait à la curatelle légitime et recevait seulement des curateurs honoraires.

> ULPIEN, *Reg.*, XII, 3. A prætore constituitur curator quem ipse prætor voluerit, libertinis prodigis, itemque ingenuis qui ex testamento parentis heredes facti male dissipant bona : his enim ex lege curator dari non poterat, cum ingenuus quidem non ab intestato, sed ex testamento heres factus sit patri ; libertinus autem nullo modo patri heres fieri possit, qui nec patrem habuisse videtur, cum servilis cognatio nulla sit.

Il y a, dans ce très important passage des Règles, deux décisions qu'Ulpien rattache l'une et l'autre au même principe.

1° Les affranchis ne peuvent recevoir, pour cause de prodigalité, que des curateurs nommés par le magistrat. On pourrait fonder cette décision sur ce que l'affranchi n'a

(1) V. *suprà*, p. 86. Voy. DE VANGEROW, *Pandect.*, I, § 293, p. 534.
(2) PAUL, *Sent.*, III, 4ᵃ § 7.

ni agnats, ni gentils à qui la curatelle légitime puisse être déférée [1]. Le jurisconsulte préfère la justifier en disant que l'affranchi n'a pas pu hériter de son père, attendu qu'il n'a pas de père qui soit reconnu par la loi : *nec patrem habuisse videtur, cum servilis cognatio nulla sit.*

2° Un ingénu, institué héritier par son père, ne peut être soumis, comme prodigue, qu'à la curatelle dative [2], et Ulpien en donne très explicitement la raison : *Cum... non ab intestato, sed ex testamento heres factus sit patri.*

Ajoutons qu'il en devait être de même de celui qui avait été exhérédé ou émancipé par son père [3], et aussi des enfants nés hors du mariage légitime, car ils n'avaient pas de père à qui ils pussent succéder.

En dehors des textes juridiques sur lesquels ces solutions sont fondées, on peut citer de très nombreux passages d'auteurs anciens, où se rencontre la mention expresse de l'origine des biens dilapidés par les prodigues, *bona paterna, bona paterna avitaque, avitæ opes* [4], et qui montrent

(1) Sans doute un affranchi pouvait contracter un mariage légitime, et avoir pour agnats les enfants qui naîtraient de ce mariage; mais, d'après un principe du droit ancien que nous étudierons plus tard, l'enfant ne pouvait pas être appelé à la curatelle de son père. — Ulpien, D. XXVI, 5, *De tut. et cur. dat.*, 12 § 1.

(2) Un ancien auteur a prétendu restreindre la décision d'Ulpien au cas où il s'agissait d'un enfant qui aurait d'abord été émancipé, puis institué héritier dans le testament paternel. Hœpfner, *De lege Lætoria*, 1778, cité par Rudorff, *Vormundschaft*, I, p. 193, n. 17. Mais la généralité du texte ne permet pas de s'arrêter à cette opinion. Il s'agit certainement de tout enfant venant à la succession de son père comme héritier testamentaire.

(3) Pour l'enfant émancipé, on sait qu'il reçut du droit prétorien la *bonorum possessio;* mais les biens qui lui étaient ainsi transmis ne constituaient pas, au point de vue du droit civil, l'héritage paternel.

(4) Térence, *Eun.*, II, 2, 4 : *patria qui abligurierat bona.* Horace,

bien que la conservation de l'héritage paternel était la préoccupation exclusive de l'ancien législateur.

La même préoccupation avait inspiré le droit d'Athènes : la poursuite dirigée contre les dissipateurs s'appelait γραφὴ τὰ πατρῷα καταδεδωκέναι (1). En Grèce comme à Rome, c'étaient les biens de famille, τὰ πατρῷα, τὰ παππῷα (2), qu'il s'agissait de défendre.

L'esprit de l'ancienne législation se manifeste enfin dans le nom étrusque du prodigue, NEPOS, que la langue latine avait adopté. On s'est demandé souvent pourquoi le prodigue s'appelait du même nom qui servait à désigner le petit enfant, et on a répondu à cette question avec plus ou moins d'ingéniosité (3). Les uns ont fait observer, que le prodigue ne se soucie pas plus de son patrimoine que s'il

Satir., I, 2, v. 8 : *avi cur atque parentis Præclaram ingrata stringat malus ingluvie rem.* QUINTILIEN, *Inst. orat.*, III, 11, 13 : *Qui bona paterna consumpserit...*; *eod. l.*, VI, 3, 44 : *Quum paterna emancuparet prædia...* PLINE, *Hist. nat.*, IX, 35 : *nec dona prodigi principis fuerant, sed avitæ opes, provinciarum scilicet spoliis partæ...* VALÈRE MAXIME, III, 5, 2, v. *infrà*, p. 106, n. 2. A. GELLE, VI, 11, 9 : *plus tertia parte pecuniæ paternæ perdidisti...*; etc. — Voy. VOIGT, *XII Tafeln*, II, § 102, n. 34, 35. HUSCHKE, *Avitum et patritum*, dans la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, I, 1878, p. 161 et s., p. 208.

(1) V. les auteurs cités plus haut, p. 82, n. 1.

(2) ISÉE, *Orat.*, 8, 34, Scheile, p. 111 : Πάντες γὰρ ὑμεῖς τῶν πατρῴων, τῶν παππῴων, τῶν ἔτι πραιτέρω κληρονομεῖτε ἐκ γένους παρειληφότες τὴν ἀγχιστείαν ἀνεπίδικον.

(3) Dictionnaire de FORCELLINI, v° *Nepos*. VOIGT, *XII Tafeln*, II, § 102, n. 34; § 164, n. 3. Un auteur du VIe siècle, Lydus, explique le nom de *nepos* par le mot *nepa*. On appelait ainsi, nous dit-il, un animal qui avait pour nourriture la terre où il vivait enfoui, et qui, après avoir mangé autour de lui tout ce qu'il pouvait absorber, se dévorait lui-même : en quoi il ressemblait au prodigue. LYDUS, *De Magistr.*, I, 43. C'est au scorpion qu'on attribuait, paraît-il, cette extraordinaire voracité. FORCELLINI, *Lexicon latin.*, v° *Nepa*.

avait encore son père et son grand-père (1) ; les autres, que les enfants élevés par leurs grands-parents sont dirigés d'une main trop faible et très souvent deviennent des dissipateurs (2). Certains s'en tiennent à cette considération que l'économie est la vertu des ancêtres, et la prodigalité le vice des générations nouvelles. N'est-ce pas plutôt dans le caractère distinctif de l'ancienne interdiction qu'il faut chercher la solution du problème? La prodigalité consistait essentiellement dans le fait de dilapider le patrimoine constitué par les aïeux, et par conséquent elle ne pouvait être que le vice d'un petit enfant, *rei avitæ consumptor;* la loi ne voyait dans le prodigue que le descendant indigne, *nepos* (3).

Mais pourquoi était-ce seulement le dissipateur des biens paternels, héritier *ab intestat* de son père, qui devait, d'après la loi des Douze-Tables, être mis en curatelle? Tâchons de comprendre la raison d'être des restrictions qui limitaient, à cet égard, l'interdiction du droit ancien.

IV. Nous avons reconnu, dès le début de cette étude, que l'institution de la curatelle est sortie de l'ancienne organisation familiale, et qu'avant de pénétrer dans le droit

(1) Festus, *v° Nepotes. Nepotes luxuriosæ vitæ homines appellati, quod non magis his rei suæ familiaris cura est, quam his quibus pater avusque vivunt.*

(2) Porphyrion, sur Horace, *Epodes*, I, 34 : *nepotem... veteres ut prodigum ac luxuriosum dicebant, quia re vera solutiores delicatioresque vitæ solebant esse, qui sub avo nutriuntur.*

(3) Cette explication est donnée par plusieurs grammairiens et scoliastes anciens. Voy. Voigt, *XII Tafeln*, § 102, n. 34. — Ottf. Müller pense qu'il n'y avait primitivement nul rapport entre *nepos*, petit enfant, et *nepos*, prodigue; *Etrusker*, I, 2e éd., p. 262, n. 115 : das wort ist wahrscheinlich von *Nepos*, Enkel, ursprünglich ganz verschieden.

de la cité, elle fut une coutume propre aux *Gentes* (1). Elle avait, en effet, et elle a conservé dans le droit des Douze-Tables, le caractère d'une institution organisée pour la défense de la *Gens*. Si la coutume primitive, sanctionnée par les Décemvirs, apportait une limite au droit de disposition des particuliers que leur prodigalité entraînait à la ruine, ce n'était pas pour les empêcher de se nuire à eux-mêmes : l'ancien législateur n'était guère accessible au sentiment de compassion qu'une telle situation peut inspirer. Il s'agissait uniquement de protéger le patrimoine de la famille, et d'empêcher que, par de folles dépenses, le *paterfamilias* ne compromît les biens et l'existence même de la société domestique dont il était le chef. Il paraissait intolérable, suivant l'expression de Valère Maxime, que des biens qui devaient être consacrés à la splendeur de la *Gens*, fussent dissipés en honteuses débauches : *dolenter homines ferebant pecuniam quæ Fabiæ gentis splendori servire debebat, flagitiis disjici* (2).

On comprend, lorsqu'on se place à ce point de vue, que l'ancienne loi veillât exclusivement à la conservation des

(1) *Suprà*, p. 1-3.

(2) Valère Maxime, III, 5, 2. *Age Q. Fabii Maximi Allobrogici et civis et imperatoris clarissimi filius, Q. Fabius Maximus quam perditam luxuria vitam egit! Cujus ut cetera flagitia obliterentur, tamen abunde illo dedecore mores nudari possunt, quod ei Q. Pompeius prætor urbanus paternis bonis interdixit. Neque in tanta civitate, qui illud decretum reprehenderet, inventus est ; dolenter enim homines ferebant, pecuniam quæ Fabiæ gentis splendori servire debebat, flagitiis disjici : quem ergo nimia patris indulgentia heredem reliquerat, publica severitas exheredavit.* Il s'agit d'un décret d'interdiction rendu en l'an 662 de la fondation de Rome, contre un personnage qui portait un nom illustre, Q. Fabius Maximus, et qui reçut, au dire de Macrobe, le surnom de *Gurges, a devorato patrimonio*. Macrobe, *Saturn.*, 2, 9. Lucilius, *Satires*, éd. Panckouke, p. 45.

biens transmis dans la succession paternelle. Elle considérait que le *paterfamilias* avait le devoir de garder pour ses descendants le patrimoine qu'il tenait de ses ancêtres, et elle sanctionnait ce devoir en frappant d'incapacité ceux qui dilapidaient l'héritage paternel; mais pour les biens qui provenaient d'une autre source, elle estimait que la famille n'avait pas sur eux le même droit, et ne pouvait se plaindre si celui qui les avait acquis en faisait un mauvais usage.

Toutefois, il reste un point obscur. S'il paraît très naturel qu'à défaut de biens transmis par le père, l'interdiction ne pût pas être prononcée, on s'explique moins facilement l'indifférence de l'ancien législateur, en présence du prodigue qui avait recueilli comme héritier testamentaire la succession paternelle. Il s'agissait d'empêcher, dans l'intérêt de la famille, la dilapidation du patrimoine constitué par les ancêtres : or, de quelque façon que le patrimoine eût été transmis, qu'il l'eût été en vertu de la loi ou par l'effet d'un testament, la famille n'était-elle pas dans tous les cas également intéressée à ce qu'il lui fût conservé intact? Comment admettre que l'héritier testamentaire pût être, plus que l'héritier *ab intestat,* libre de dissiper l'héritage paternel? Ne serait-ce pas là un bien singulier effet de l'institution d'héritier, et comment pourrait-on le concilier avec ce que nous savons des mœurs des anciens Romains, si attachés à la pratique du testament, et en même temps si soucieux d'assurer la perpétuité de la famille par la conservation des biens?

La difficulté est délicate (1). Examinons avec soin les

(1) M. Baron estime qu'elle n'a pas encore été résolue : *ein bisher unerklärter Rechtssatz.* BARON, *Gesch. des röm. R.*, I, 1884, p. 113.

diverses explications qui en ont été proposées, et voyons s'il est possible d'arriver à la résoudre.

V. Tout d'abord est-elle spéciale à la matière de l'interdiction, ou se présente-t-elle, d'une façon générale, dans les divers ordres de curatelles et de tutelles? C'est là un premier point qu'il est nécessaire d'éclaircir.

La règle qui limite à la défense des *bona paterna* la curatelle légitime, n'est énoncée par les textes qu'à propos de l'interdiction. On a cependant proposé de la généraliser. M. Accarias (1) pense qu'il n'y avait ni curatelle, ni tutelle légitime, toutes les fois que l'incapable avait été institué héritier par son père : de telle sorte que, dans le droit ancien, avant la création des tuteurs et des curateurs honoraires, les pupilles, les femmes *sui juris* ou les fous qui succédaient en vertu d'un testament, auraient été dépourvus de toute protection (2).

Dans son application à ces nouvelles catégories de personnes, la règle de droit que nous cherchons à comprendre paraîtrait vraiment inexplicable. Est-il possible que la qualité d'héritier testamentaire ait été une raison de refuser tout secours à des impubères ou à des fous, et de ne pas donner d'administrateurs à leurs biens?

(1) Accarias, *Précis*, I, 4e éd., p. 424. Cette généralisation avait été déjà proposée en Allemagne par Schweppe, *Rechtsgesch.*, § 424, et de Vangerow l'avait combattue : *Pandect.*, I, § 293, p. 534. M. Thedenat l'accepte sans la discuter : *Dictionnaire des antiquités* (Daremberg et Saglio), I, p. 1619, n. 4, au mot *curator*.

(2) On peut dire que, dans cette théorie, la règle *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest*, acquiert une nouvelle portée, et qu'elle fait obstacle, non seulement au concours de l'hérédité testamentaire et de l'hérédité légitime, mais au concours de l'hérédité testamentaire et de la tutelle ou de la curatelle légitime.

Une telle théorie a contre elle la vraisemblance. Mais les textes aussi la condamnent. Si l'on se reporte d'abord au passage des Règles d'Ulpien[1], d'où il résulte que le prodigue institué héritier échappait à la curatelle légitime, on voit que le jurisconsulte ne dit rien de semblable du fou, quoiqu'il traite à la fois de ces deux sortes d'incapables, et il est bien permis d'en conclure que, sur ce point, les deux curatelles n'étaient pas régies par le même principe. Quant à la tutelle légitime, elle ne s'ouvrait, aux termes des Douze-Tables, qu'à la condition que le père du pupille ou de la femme fût mort intestat[2]; mais cela signifiait simplement que les agnats ou les gentils ne venaient pas à la tutelle, lorsqu'il y avait un tuteur testamentaire. Le seul fait que le père avait testé ne mettait pas d'obstacle au droit des agnats, si le testament ne contenait aucune nomination de tuteur. C'est ainsi que la loi est interprétée par Paul[3], et il n'est pas possible de supposer qu'elle ait reçu à l'origine une autre interprétation. Si l'ancien droit avait soustrait à la tutelle légitime le pupille institué héritier par son père, ce ne sont certainement pas les jurisconsultes classiques qui auraient voulu l'y sou-

(1) Ulpien, XII, 2, 3.

(2) C'est du moins ce qui résulte d'un fragment de Paul, D. XXVI, 4, *De legit. tutor.*, 6. *Intestato parente mortuo, adgnatis defertur tutela...* M. Voigt restitue ainsi le texte : Si intestato moritur, orbi orbæque viduæque adgnati tutores sunto. Voigt, *XII Tafeln*, I, p. 713. — V. Bruns-Mommsen, *Fontes*, 5e édit., p. 22. Girard, *Textes de droit romain*, p. 13.

(3) Paul ajoute en effet, dans le texte cité à la note précédente : *intestatus autem videtur non tantum is qui testamentum non fecit, sed et is qui testamento liberis suis tutores non dedit : quantum enim ad tutelam pertinet, intestatus est.* — V. aussi Gaius, I, 155 : *quibus testamento... tutor datus non sit, iis ex lege XII Tabularum agnati sunt tutores...*

mettre. Ils auraient bien plutôt saisi cette occasion d'attribuer au magistrat la nomination du tuteur.

M. Accarias ne cite qu'un texte à l'appui de son système, mais il le tient pour décisif : c'est un passage de la *laudatio funebris Turiæ*, d'où il ressortirait avec évidence que la femme *sui juris* n'était pas soumise à la tutelle de ses agnats lorsque son père l'avait instituée héritière. Voici ce document :

> Temptatæ deinde estis, ut testamen[tum patris], quo non eramus heredes, rupt[um diceretur] coemptione facta cum uxore : ita necessario te cum universis pat[ris bonis in] tutelam eorum, qui rem agitabant, reccidisse : sororem omni[um rerum] fore expertem quod emancupata esset Cluvio. Qua mente ista acc[eperis, qua iis præ]sentia animi restiteris, etsi afui, compertum habeo.
>
> Veritate caussam communem [t]utata es : testamentum ruptum non esse, ut [uterque potius] hereditatem teneremus, quam omnia bona sola possideres, certa qui[dem sententia] te ita patris acta defensuram, ut si non optinuisses, partituram cum s[orore te existi]mares : nec sub condicionem tutelæ legitumæ venturam, quoius per [legem in te jus non] esset, neque enim familia[e] gens ulla probari poterat, quæ te id facere [cogeret] : nam etsi patris testamentum ruptum esset, tamen iis, qui intenderent, [non esse id] jus, quia gentis ejusdem non essent.

Il s'agit d'un procès que Turia eut à soutenir. Cette dame romaine s'était mariée en demeurant sous la puissance de son père; et elle avait une sœur, mariée aussi, mais tombée sous la *manus* de son mari. Elle fut instituée héritière, conjointement avec son mari, dans le testament paternel, et en même temps grevée, au profit de sa sœur, d'un legs partiaire. Or, à la mort du père, des personnes

se présentèrent comme *gentiles;* elles firent valoir leur droit à la tutelle légitime, et prétendirent d'autre part, qu'une cause de rupture du testament s'étant produite (1), Turia devait recueillir toute la succession comme héritière *ab intestat,* à l'exclusion de son mari et de sa sœur. Turia soutint au contraire qu'il fallait tenir pour valable le testament du défunt, et en outre qu'elle-même ne devait pas être soumise à la tutelle de ses prétendus *gentiles.*

Il y avait ainsi, entre Turia et ses adversaires, deux questions qui faisaient difficulté. M. Accarias les relie l'une à l'autre, de telle sorte que la solution de la première aurait entraîné celle de la seconde. Si les *gentiles* tenaient à faire constater la rupture du testament, c'est qu'il en devait résulter que Turia serait héritière légitime, et qu'eux-mêmes par conséquent auraient droit à la tutelle. Si Turia soutenait au contraire la validité du testament, bien qu'elle dût y perdre une partie de la succession, c'est qu'elle voulait échapper à la tutelle légitime.

Cette explication trouve sa réfutation dans le texte même de la *laudatio.* On y voit d'abord pourquoi Turia prenait la défense d'un testament, qui en somme ne lui était pas favorable : c'était par respect pour la volonté paternelle, et elle poussait ce respect jusqu'à déclarer que, si le testament devait être annulé, et qu'elle dût venir à la succession comme héritière *ab intestat,* elle n'en exécuterait pas moins fidèlement les dispositions testamentaires : *te ita patris acta defensuram ut, si non optinuisses, partituram cum*

(1) Le père de Turia s'était marié après avoir testé, et le mariage avait été suivi de *coemptio.* Il s'était ainsi donné une *heres sua,* et c'est ce fait qui aurait, suivant la prétention des adversaires de Turia, entraîné la rupture du testament.

sorore te existimares. L'auteur de la *laudatio* nous dit aussi comment Turia combattait la prétention de ses adversaires à la tutelle légitime : elle leur contestait le titre de *gentiles;* elle soutenait qu'ils n'appartenaient pas à la *gens,* dont elle-même faisait partie : *iis qui intenderent non esse id jus, quia gentis ejusdem non essent.* Quant au rapport que M. Accarias s'efforce d'établir entre l'ouverture de l'hérédité *ab intestat* et la vocation des tuteurs légitimes, il n'en est pas dit un seul mot (1).

La décision qui soustrait à la curatelle légitime le prodigue institué héritier ne doit donc pas être généralisée.

VI. D'après une autre conjecture, proposée par Godefroy, et reproduite par Rudorff (2), cette décision devrait être au moins étendue à la curatelle du fou. Il y aurait, à ce point de vue, une différence entre la tutelle et la curatelle, différence fondée sur le texte même des Douze-Tables.

La loi formulait d'abord le principe du droit de tester : *ut legassit super pecunia tutelave...,* et elle ajoutait que, si le défunt mourait *intestat, si intestato moritur,* l'hérédité, la tutelle et la curatelle seraient déférées par la loi aux agnats ou aux gentils. Mais, dans quels cas la condition,

(1) V. Girard, *L'épigraphie et le droit romain* dans la *Revue internationale de l'enseignement*, 1889, t. XVIII, p. 234. — On a proposé une autre réfutation, mais beaucoup moins décisive, de l'argument fondé sur la *laudatio Turiæ :* il est vrai, a-t-on dit, que la vocation des tuteurs légitimes était liée à la question de savoir si le testament du père de Turia produirait effet; mais ne peut on pas supposer qu'il y avait, dans ce testament, une nomination de tuteur? Lagrésille, *Tutelle perpétuelle des femmes*, Thèse, Nancy, 1881, p. 44, n. 2.

(2) J. Godefroy, *Ad leg. XII Tab.* (Ottonis thesaurus, III, p. 106). Rudorff, *Vormundschaft,* I, p. 192-194.

si intestato moritur, serait-elle réputée remplie? C'est la question que se posèrent les jurisconsultes, et on sait comment ils la résolurent, pour ce qui concernait la tutelle légitime : ils décidèrent qu'il suffisait que le défunt n'eût pas laissé de tuteurs testamentaires, pour que la tutelle appartînt aux agnats (1). En matière de curatelle, cette interprétation du mot *intestato* n'était pas possible, puisqu'il n'y avait pas de curateurs testamentaires; aussi la jurisprudence dut-elle admettre que la seule existence d'un testament laissé par le père empêcherait le prodigue de tomber sous la curatelle des agnats.

Cette explication doit être écartée, non seulement parce qu'elle entraîne, relativement à la curatelle du fou, une conséquence inadmissible, mais aussi parce qu'elle a pour point de départ un fait inexact. On suppose que les mots *si intestato moritur* se rencontraient dans le passage des Douze-Tables où le principe de la curatelle légitime était posé, et c'est ce détail de rédaction qui aurait contraint les jurisconsultes à n'admettre la curatelle légitime que pour les héritiers *ab intestat.* Mais cette supposition peut-elle être admise? A la vérité, le texte qui appelait les agnats et les gentils à l'hérédité ou à la tutelle exigeait formellement que le *paterfamilias* défunt n'eût pas laissé d'héritiers ou nommé de tuteurs par testament (2); mais on ne comprendrait guère que la curatelle légitime eût été subordonnée à la même condition, alors qu'il n'y avait

(1) V. *suprà,* p. 109, n. 3.

(2) Pour ce qui est de l'hérédité, le texte des Douze-Tables est bien connu : SI INTESTATO MORITUR, CUI SUUS HERES NEC ESCIT, ADGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO... Il devait y avoir, en ce qui concerne la tutelle, une rédaction analogue. V. *suprà,* p. 109, n. 2.

pas de curateurs testamentaires possibles, et en effet on ne trouve pas les mots *si intestato moritur* dans le fragment de la loi qui appelait les agnats et les gentils à la curatelle du fou, le seul qui en cette matière nous ait été conservé (1).

La décision qui nous occupe n'est donc, il faut le reconnaître, qu'une particularité de la curatelle du prodigue. Mais, ainsi restreinte, comment est-il possible de l'expliquer?

VII. Est-ce dans la volonté du testateur qu'il faut chercher cette explication? On l'a prétendu. Par cela seul que le *paterfamilias* instituait héritiers ses enfants, il exprimait, a-t-on dit, sa volonté de leur transmettre un droit absolu de disposition, et c'est pourquoi l'ancienne loi ne permettait pas de les interdire (2).

Cette manière de comprendre la situation exceptionnelle faite à l'héritier testamentaire soulève bien des objections. Elle suppose d'abord que le droit de l'héritier, fondé sur la volonté du testateur, était un droit plus complet que celui qui reposait sur la volonté de la loi : prétendu principe qui n'a nulle part laissé de trace. Elle implique d'autre part une interprétation de la volonté du défunt, qui est d'une rare invraisemblance. Qu'un *paterfamilias* institue ses enfants héritiers, au lieu de les laisser venir à la succession comme héritiers légitimes, cela peut s'expliquer par des raisons très diverses, soit que le testateur fixe les parts de chacun autrement que la loi ne les

(1) *Suprà*, p. 10, n. 1.

(2) Thédenat, dans le *Dictionnaire des antiquités* de Daremberg et Saglio : mot *Curator*.

fixerait, soit qu'il veuille grever de legs ses héritiers, affranchir des esclaves, nommer des tuteurs; mais assurément la dernière pensée qui vienne à l'esprit est de supposer qu'il teste en prévision du cas où ses enfants seraient tentés de dissiper leur patrimoine, et pour leur laisser à cet égard une complète liberté. Encore, s'il pouvait, en les instituant, leur donner par testament des curateurs, on comprendrait à la rigueur qu'en s'abstenant de le faire, il fût réputé avoir voulu qu'aucun curateur ne leur fût nommé, pour cause de prodigalité; mais on sait qu'il n'y avait pas de curatelle testamentaire. Allons plus loin : le testateur eût-il voulu que ses enfants fussent absolument libres de se ruiner, cette volonté bizarre n'aurait pu être prise en considération. Comment la loi, qui avait établi, dans l'intérêt de la famille, tout un système de protection contre la prodigalité, aurait-elle admis qu'une clause testamentaire pût le faire disparaître? Comment un *paterfamilias*, qui ne pouvait lui-même, sans encourir l'interdiction, dissiper les biens transmis par ses ancêtres, aurait-il conféré à son héritier le droit d'accomplir l'œuvre de destruction?

VIII. Pour découvrir le secret de l'énigme, il est nécessaire de remonter aux plus hautes origines de la propriété familiale et du droit testamentaire. Par malheur, ces origines sont fort obscures, et je ne puis examiner ici les nombreux et difficiles problèmes qu'elles soulèvent. Je me contenterai de dire comment il me paraît possible d'expliquer l'idée essentielle de l'ancienne interdiction, limitée à la défense des *bona paterna avitaque*, par les principes qui régissaient la constitution de la famille primitive.

Et d'abord, n'est-il pas permis de rattacher cette ancienne interdiction à la forme initiale de la propriété, dont le souvenir s'était conservé chez les anciens, et qu'on appelle l'*heredium?* Au commencement, s'il faut en croire la tradition, la plus grande partie du sol formait, soit pour le peuple romain, soit pour les *gentes,* un objet de propriété collective. Deux arpents de terre seulement (*bina jugera*) étaient affectés à chaque chef de famille comme biens héréditairement transmissibles : *quæ heredem sequerentur* (1). C'était l'*heredium,* comprenant la maison et le jardin ou le verger qui l'entourait. Ce petit lopin de terre, dont le *paterfamilias* avait la propriété, servait aux besoins de la famille; il devait être conservé pour être transmis à l'héritier, et beaucoup d'auteurs pensent qu'à l'origine il était inaliénable (2). Pour combattre cette hypothèse d'une inaliénabilité primitive, on a objecté l'existence même de la curatelle du prodigue : on a fait observer qu'il eût été superflu de recourir à l'interdiction, si le droit de disposer n'eût pas existé (3). Mais peut-être est-ce précisément

(1) Varron, *De re rust.*, I, 10, 2. Voy. Voigt, *Uber die bina jugera,* dans le *Rhein. museum für Philol. N. F.,* 1869, XXIV, 52, et *über die staatsrecht. possessio,* dans les *Abhand. der phil. hist. Classe der königl. sächsischen Gesellsch. der Wissensch.,* 1887, X, p. 264.

(2) Mommsen, *Röm. Straatsr.*, III, 1, p. 23-24; trad. Girard, VI, 1, p. 26. Marquardt, *Röm. Staatsverwalt.*, I, 2e éd., p. 97 et s. Voigt, *XII Tafeln*, II, § 164, p. 727. Rudorff, *Röm.-Feldmesser,* II, p. 362 et s. F. de Coulange, *La cité antique*, II, 6; Bloch, *Les origines du Sénat romain,* p. 109 et s. Gérardin, *Nouvelle revue historique de droit,* 1889, p. 9. Cuq, *Institutions juridiques des Romains,* 1891, p. 82-86. — *Contrà,* Ihering, *L'esprit du droit rom.*, trad. Meulenaere, II, p. 143 et s.

(3) Cuq, *Nouvelle rev. historique de droit,* 1886, p. 537. M. Cuq soutient aujourd'hui, dans ses *Institutions juridiques des Romains* (*l. c.*), la thèse de l'inaliénabilité.

lorsque la liberté d'aliéner eut été reconnue aux chefs de famille, que la coutume s'établit d'interdire ceux qui en faisaient abus. L'interdiction, ainsi rattachée, dans ses plus lointaines origines, à l'inaliénabilité de la propriété, apparaît comme un débris du principe primitif : c'est l'inaliénabilité, maintenue contre les dissipateurs.

Cette hypothèse explique très bien que la curatelle légitime du prodigue ait été d'abord restreinte à la défense des *bona paterna avitaque*. Si l'interdiction fut créée pour assurer la conservation des biens que l'inaliénabilité avait cessé de protéger, elle n'eut naturellement d'autre objet, à l'origine, que la défense de ces biens eux-mêmes, c'est-à-dire de la maison et du petit champ qui composaient le domaine primitivement inaliénable, en un mot de l'*heredium*(1). Par la suite, avec les progrès de la propriété privée, elle reçut une plus large application. A l'antique *heredium*, essentiellement destiné à être transmis à l'héritier, on assimila les autres biens que le prodigue tenait de

(1) M. Voigt reconnaît que la portée de l'ancienne interdiction se restreignait à l'*heredium*, et il en conclut que le mot *heredium* devait figurer, soit dans la formule du décret, à la place de l'expression *bona paterna avitaque* qui s'y serait plus tard introduite, soit dans le texte de la loi décemvirale. Voigt, *XII Tafeln*, II, p. 343, 726. Il n'est pas impossible que la formule du décret ait été modifiée en ce sens, lorsqu'on décida que la protection de la loi s'étendrait à tous les biens provenant de la succession paternelle. Mais ce qui me paraît inadmissible, c'est que le mot *heredium* ait été écrit dans le texte des Douze-Tables. S'il est vrai, comme le pense l'éminent professeur de Leipzig, que le décret d'interdiction ait été, pour ainsi dire, calqué sur la disposition légale, comment le mot *heredium* en aurait-il été par la suite effacé, pour faire place à une expression qui n'aurait pas figuré dans le texte? Comment les termes du décret auraient-ils cessé d'être en harmonie avec la loi? Pour qu'ils aient pu se modifier avec le temps, il est nécessaire de supposer que la loi ne les avait pas fixés.

la succession de son père; il parut qu'à raison de leur commune provenance, tous avaient également pour destination d'être affectés aux besoins de la famille, et devaient être conservés, comme un dépôt, aux générations futures. Ainsi l'interdiction s'élargit, mais sans s'étendre au delà de l'héritage paternel. Pour les biens que le prodigue avait acquis d'une autre manière, soit par son industrie, soit par donation ou succession, on ne jugea pas que la libre disposition pût lui en être enlevée, par application de la loi. L'esprit de la loi, sinon son texte, résistait à une interprétation plus extensive (1).

(1) Une autre hypothèse vient d'être proposée par M. Cuq, dans ses *Institutions juridiques des Romains*, I, p. 313, n. 6, et elle se rattache à la doctrine qu'admet notre savant collègue, avec Ihering et Schulin, sur la distinction primitive de deux sortes de propriété : *familia pecuniaque* (Cuq, *l. c.*, p. 91 et s. — Ihering, *Actio injuriarum*, trad. Meulenaere, p. 46; Schulin, *Geschichte d. r. R.*, p. 279-284; Bonfante, *Res mancipi e nec mancipi*, 1889, p. 70-73). D'après cette hypothèse, l'ancienne interdiction aurait eu pour but de protéger, non pas seulement l'*heredium*, mais d'une manière générale les *bona paterna avitaque*, ou, en d'autres termes, la *familia*, et il faudrait entendre par là, en dehors de l'*heredium*, les bêtes de trait et de somme et les esclaves, c'est-à-dire, en un mot, les *res mancipi*. — Je ne me propose pas d'examiner ici la doctrine qui consiste à identifier les *res mancipi* avec la *familia*, et les *res nec mancipi* avec la *pecunia*. C'est une conjecture qui soulève de graves objections, et il ne me semble pas que les textes, particulièrement ceux qui concernent la matière des curatelles, lui soient favorables. Voy. Brezzo, *La mancipatio*, 1891, p. 16, n. 44. Par exemple, je ne puis me résoudre à interpréter la décision des Douze-Tables, *in eo* pecuniaque *ejus potestas esto*, comme si elle eût fait porter exclusivement sur les *res nec mancipi* le pouvoir du curateur. Il me paraît particulièrement inadmissible de confondre une distinction, fondée sur la nature même des objets (*res mancipi* et *nec mancipi*), avec une distinction tirée de leur origine, telle que celle des *bona paterna avitaque* et des biens provenant d'une autre source. On ne voit pas dans cette doctrine, comment pourraient être classés les immeubles, les esclaves, les

Mais cela ne suffit pas encore à nous faire comprendre la différence établie par l'ancien droit entre l'héritier *ab intestat* et l'héritier testamentaire. Pour la rendre intelligible, il faut admettre, suivant une doctrine aujourd'hui acceptée par beaucoup d'auteurs (1), qu'à l'origine l'inaliénabilité des biens réservés à la famille entraînait l'impossibilité d'en disposer même par testament, du moins lorsqu'il y avait des héritiers siens. L'enfant était, du vivant même du père, copropriétaire de ces biens. Non seulement il ne pouvait pas en être dépouillé par la volonté pater-

bêtes de somme ou de trait, que le prodigue aurait acquis en dehors de la succession paternelle. — M. Cuq reproche à M. Voigt, dont j'ai suivi sur ce point l'opinion, de restreindre la portée primitive des termes du décret, *bona paterna avitaque* (*l. c.*, p. 313, n. 6). Mais l'opinion qu'il soutient ne donne-t-elle pas aussi à ces mêmes mots, un sens plus étroit que celui qu'ils avaient certainement du temps de Paul, dans la pratique judiciaire? Elle limite aux *res mancipi* la protection de l'ancienne loi; or il est bien certain qu'à l'époque classique, cette protection s'étendait d'une façon générale à tous les biens transmis dans la succession paternelle, sans distinction des *res mancipi* ou *nec mancipi* (Ulpien, XII, 3). Il faut dans tous les cas reconnaître que la notion des *bona paterna avitaque* s'est élargie; il s'agit seulement de savoir quel en a été le premier germe. Ce qui me porte à croire que l'interdiction primitive protégeait exclusivement l'*heredium*, c'est qu'à mon avis elle se rattache à l'ancien principe de l'inaliénabilité, et que, suivant toute vraisemblance, ce principe dut toujours être limité à la propriété immobilière.

(1) V. en ce sens, Schirmer, *Das Familienvermögen und die Entwickelung des notherbenrechts bei den Römern*, dans la *Zeitschr. für Rechtsgesch.*, part. rom., XV, p. 165, 180. Schulin, *Gesch. des röm. R.*, 1889, p. 439. Cuq, *Institutions des Romains*, 1891, p. 280 et s.; p. 287, n. 3 et 4; p. 313, n. 7, p. 314. Pariset, *Dispositions de dernière volonté à Rome*, Thèse, Lyon, 1891, p. 16 et s., p. 37. — Dans le droit d'Athènes, le citoyen qui avait des enfants n'avait pas le droit de tester. V. Caillemer, *Le droit de tester à Athènes*, dans les *Annales de l'association pour l'encouragement des études grecques*, 1870, p. 31. Schulin, *Griech. Testament*, 1882, p. 15.

nelle; mais ce n'était pas cette volonté qui les lui transmettait. Il ne les recueillait pas comme héritier institué. Il en conservait seulement la propriété; aussi l'appelait-on *suus heres*. Si tel était le droit primitif, on comprend qu'à l'origine les biens de famille, les *bona paterna avitaque*, aient nécessairement exclu toute idée d'hérédité testamentaire. L'enfant qui recueillait les biens paternels ne les tenait jamais de la volonté du défunt; et c'est pourquoi l'interdiction qui avait pour but unique de les protéger, ne pouvait pas s'appliquer à l'héritier institué.

Ce droit fit place, par la suite, à un régime de liberté testamentaire. On admit que l'héritier sien pourrait être exhérédé ou institué par le père, et il y eut ainsi deux sortes de *sui heredes*, les uns héritiers testamentaires, les autres héritiers *ab intestat*(1). On se demande si ces principes étaient consacrés par la loi des Douze-Tables, ou s'ils ne s'introduisirent qu'à une époque plus récente. Ce qui importerait pour la solution de la question qui nous occupe, ce serait de savoir si, au moment où l'institution d'héritier devint applicable à l'héritier sien, la curatelle dative du prodigue existait déjà, ou si elle ne fut créée que plus tard.

Si l'on est disposé à reconnaître que les deux innovations s'introduisirent vers la même époque, tout s'explique aisément. Les prodigues institués héritiers ne restèrent jamais sans protection; ils eurent immédiatement des curateurs nommés par le magistrat.

Mais peut-être hésitera-t-on à penser que la liberté testamentaire, impliquant le droit d'instituer ou d'exhéréder l'enfant, ne remonte pas à une date plus ancienne que la

(1) Gaius, II, 187 : (*Sui heredes*) *tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt.*

création des curateurs honoraires. Il est possible en effet qu'il y ait eu une période de temps, plus ou moins longue, où l'enfant pouvait être institué par son père, et où la curatelle légitime existait seule. Dans cette hypothèse, est-on obligé d'admettre que le prodigue institué devint absolument libre de dissiper l'héritage paternel, et qu'il conserva cette liberté jusqu'au jour où la curatelle dative permit de le protéger? Cette conséquence ne me paraît pas nécessaire. Pour ma part, je préférerais supposer que, pendant un certain temps, le prodigue fut soumis à la curatelle légitime, alors même qu'il avait été institué héritier, mais que plus tard, après la création de la curatelle dative, une autre doctrine prévalut. La jurisprudence était très favorable au nouveau genre de curatelle, et il n'est pas téméraire de penser qu'elle s'efforça, par voie d'interprétation, d'en étendre l'application. Les termes de la formule, *bona paterna avitaque*, lui fournirent le moyen de le faire. Elle dut rendre à ces mots leur signification première, et reconnaître que l'ancien système d'interdiction n'avait pas été établi pour la protection des biens transmis en vertu d'un testament.

Quoi qu'il en soit de ces diverses conjectures, entre lesquelles il est difficile de se prononcer, c'est toujours à la conception primitive de l'*heredium* et du *suus heres* qu'il faut remonter pour expliquer la règle, au premier abord si bizarre, qui faisait au prodigue institué héritier une situation toute spéciale.

IX. Dans le décret d'interdiction dont nous connaissons la formule, le préteur ne reprochait pas seulement au prodigue de dilapider les biens paternels; il ajoutait :

liberosque tuos ad egestatem perducis, et de savants auteurs en ont conclu que, pour être soumis comme prodigue à la curatelle légitime, il fallait avoir des enfants. Ce serait seulement après la création de la curatelle dative qu'il aurait été possible de frapper d'interdiction le prodigue sans enfants (1).

Cette opinion me paraît absolument inacceptable.

D'abord, nous ne voyons nulle part qu'il fallût avoir des enfants pour être placé, comme prodigue, sous la curatelle des agnats, et c'est une première raison de penser que l'ouverture de la curatelle légitime n'était pas subordonnée à cette condition. Il est surtout remarquable qu'Ulpien garde le silence à cet égard, dans le passage des Règles où il traite des deux curatelles.

Puis, est-il croyable que l'absence d'enfants ait été, pour l'ancien législateur, une raison de ne prendre aucune précaution contre le danger de la prodigalité? Ce n'est pas, à proprement parler, par intérêt pour les enfants du prodigue, c'est pour assurer la perpétuité de la famille, c'est-à-dire d'un être destiné à ne jamais périr, que la loi consacrait le principe de l'interdiction. Peu importait donc que le prodigue ne fût pas encore père. A défaut d'enfants actuellement existants, il importait d'assurer à ceux qui naîtraient un jour la conservation du patrimoine.

Les termes du décret n'avaient pas d'autre sens. On a tort de les prendre à la lettre, comme s'ils exigeaient qu'au moment de l'interdiction des enfants fussent déjà nés. Ils

(1) Voigt, *Jus naturale*, IV, p. 122-123; *XII Tafeln*, II, § 164, n. 7. Cuq, *Instit. jurid. des Romains*, p. 314, n. 2. Rivier, *Droit de famille romain*, p. 370. — M. Ubbelohde hésite sur cette question : *Grünhut's Zeitschrift*, *l. c.*, IV, p. 672.

avaient simplement pour but de rappeler au prodigue son obligation de conserver l'héritage paternel pour les enfants qu'il avait ou qu'il pourrait avoir. C'était une manière saisissante d'exprimer l'idée fondamentale sur laquelle reposait l'ancien système d'interdiction, c'est-à-dire l'idée du lien qui, dans la famille, unissait les générations successives, et imposait au chef actuel le devoir de transmettre à ses descendants les biens qu'il avait reçus de ses pères.

Toute hésitation disparaît, lorsqu'on réfléchit aux invraisemblables conséquences d'un système qui restreindrait l'interdiction au cas où le prodigue a des enfants. S'il y a une hypothèse pratique où le patrimoine de la famille est en péril, c'est assurément lorsque le *paterfamilias* décède en laissant orphelin un adolescent qui n'a encore aucune expérience de la vie, et que sa jeunesse expose à tous les entraînements. Or, il n'est pas habituel qu'à cet âge on soit déjà père. C'est donc au jeune homme, devenu prématurément *sui juris,* que la loi des Douze-Tables aurait donné la liberté complète de se ruiner! La garantie de l'interdiction aurait été supprimée précisément dans les circonstances où le simple bon sens indique qu'elle devait être jugée le plus indispensable. On sait que dans le droit antérieur à la loi Plætoria, il n'y avait aucune protection spécialement organisée pour les mineurs de vingt-cinq ans; il était de règle que tout individu *sui juris,* en atteignant l'âge de la puberté, devenait pleinement capable, et ce principe n'était pas sans danger. Tout au moins faut-il reconnaître que le jeune homme qui abusait d'une capacité si prématurément acquise devait encourir, comme prodigue, les sévérités du droit commun. Il serait étrange de supposer que la loi lui

eût donné une liberté exceptionnelle, comme pour favoriser ses déportements [1].

X. Une personne *sui juris*, déjà placée en tutelle ou en curatelle, pouvait-elle être interdite pour cause de prodigalité?

Quelques auteurs ont prétendu que la loi des Douze-Tables avait prévu cette question, et lui avait donné une solution négative. Ce sont ceux qui proposent d'intercaler dans l'ancien texte les mots AST EI CUSTOS NEC ESCIT [2]. Ces mots auraient eu pour objet d'exclure la curatelle dans le cas où le prodigue était déjà, pour une autre cause, en curatelle ou en tutelle. J'ai déjà dit pourquoi cette restitution, purement conjecturale, ne saurait être acceptée.

Mais, si on examine en elle-même la question que nous venons de poser, comment convient-il de la résoudre?

En ce qui concerne les impubères *sui juris*, la question

(1) M. ACCARIAS soutient, comme je viens de le faire, que le prodigue sans enfants pouvait, même dans l'ancien droit, être frappé d'interdiction, mais l'argument sur lequel il se fonde ne me semble guère concluant. « On avait discuté, dit-il, si la curatelle du prodigue pouvait appartenir à ses enfants, qui sont pourtant ses plus proches agnats. Or, à coup sûr, si le prodigue ayant des enfants avait seul pu être interdit et mis en curatelle, la question n'aurait fait aucun doute, puisque la loi des Douze-Tables appelait à la curatelle le *proximus agnatus*. » *Précis*, I, 4e éd. p. 435, n. 1. Il est vrai que, dans le droit ancien, on n'admettait pas que l'enfant pût être curateur de son père, mais j'essaierai plus tard de montrer que cette doctrine n'était en opposition ni avec le texte, ni avec l'esprit de la loi, et on concevrait parfaitement qu'elle eût été admise, alors même que le prodigue n'aurait pu être interdit qu'à la condition d'avoir des enfants. Elle reposait sur une raison de haute convenance : *quasi indecorum sit patrem a filio regi* : ULPIEN. D. XXVI, 5, *De tut. et cur. dat.*, 12 § 1. V. CUQ, *Instit. jurid. des Romains*, p. 314, n. 2.

(2) *Suprà*, p. 84, n. 2.

ne soulève aucune difficulté. Ils étaient en tutelle, et jamais on n'admit que l'interdiction pût être prononcée contre eux (1), soit parce qu'ils étaient suffisamment protégés par leur incapacité et par l'institution de la tutelle, soit parce que la prodigalité n'est pas un vice qui, même chez les plus précoces, puisse vraiment se manifester avant l'âge adulte (2).

Quant aux individus pubères, âgés de moins de vingt-cinq ans, la loi des Douze-Tables n'avait créé pour eux, à raison de leur âge, aucune protection spéciale, et il n'est pas douteux qu'elle permettait de les interdire, s'ils se comportaient en prodigues. L'interdiction continua d'ailleurs de leur être appliquée, même après la création de la curatelle des mineurs. C'est seulement au troisième siècle de notre ère qu'une nouvelle doctrine, proposée par Ulpien, prévalut : on admit que, jusqu'à sa majorité, le prodigue ne pourrait être mis en curatelle qu'en tant que mineur (3). Cette décision aboutissait à soustraire dans tous les

(1) La question de savoir si l'impubère atteint de folie devait être mis en curatelle fut discutée par les jurisconsultes, et la solution négative l'emporta. Ulpien, D. XXVI, 1, *De tutel.*, 3 pr. Il ne s'agissait pas de savoir si l'impubère fou devait recevoir tout à la fois comme impubère un tuteur, et comme fou un curateur, mais quel était des deux systèmes de protection celui qui devait exclure l'autre. Ulpien nous dit en effet que, dans l'opinion qui prévalut, la folie du pupille ne faisait pas obstacle à la tutelle : *qui habet tutorem pupillus vel pupilla, si furere cœperint, in ea causa sunt ut in tutela nihilominus durent...*

(2) Pour expliquer que l'interdiction ne fût pas applicable aux impubères, M. Voigt s'appuie sur les termes du décret : *liberosque tuos ad egestatem perducis.* Voigt, *XII Tafeln*, II, § 164, n. 7. Cette considération doit être écartée, car elle suppose que l'interdiction atteignait seulement les prodigues qui avaient des enfants.

(3) Ulpien, 37, *ad Sabin.* : D. XXVI, 1, *De tutel.*, 3 § 1. *Quia autem in*

cas le mineur à la curatelle des agnats; car il n'y avait, pour cause de minorité, que des curateurs nommés par le magistrat.

Lorsqu'un individu est en curatelle comme fou, on ne conçoit guère qu'il puisse être question de l'interdire comme prodigue. Pourtant, un décret d'interdiction aurait pu, en pareil cas, n'être pas sans utilité. Le fou, même pourvu de curateur, recouvrait sa capacité pendant les intervalles lucides; l'interdiction prononcée contre lui aurait eu cet effet de le rendre incapable, lorsqu'il revenait à la raison. Eut-on jamais recours à ce moyen de renforcer l'incapacité du *furiosus?* Les textes n'en disent rien, et il ne semble pas que l'interdiction ait été ainsi combinée avec la curatelle du fou.

Reste une dernière question : la femme *sui juris*, placée en tutelle à raison de son sexe, pouvait-elle être interdite? Il n'est pas douteux qu'à une certaine époque l'interdiction n'ait pu être prononcée contre elle : *et mulieri quæ luxuriose vivit, bonis interdici potest* (1). La présence du

pupillorum persona adgnatos curatores non admittimus, idcirco putavi etsi minor viginti quinque annis furiosus sit, curatorem ei non ut furioso, sed ut adolescenti dari, quasi ætatis esset impedimentum : et ita definiemus, ei quem ætas curæ vel tutelæ subjicit, non esse necesse quasi dementi quæri curatorem; et ita imperator Antoninus Augustus rescripsit: cum magis ætati quam dementiæ tantisper sit consulendum. — Nous possédons au Code de Justinien un fragment du rescrit de Caracalla dont parle Ulpien : C. J. V, 70, *De cur. fur.*, 1 : *Curatores impleta legitima ætate prodigis vel furiosis solent tribui.*

(1) Paul, *Sent.*, III, 4ᴬ § 6 : D. XXVII, 10, *De cur. fur.*, 15 pr. — Cujas a cru que ce texte consacrait une interdiction spéciale aux courtisanes, *meretrices : ad Sentent. Paul.*, III, 4ᴬ, 6d. de Naples, I, p. 416. Sur cette erreur du grand romaniste, v. Glück, *Pandect.*, XXXIII, p. 183, n. 29. Rudorff, *Vormundschaft*, I, p. 134, n. 19.

tuteur ne mettait nul obstacle à l'organisation de la curatelle (1). Mais doit-on croire que tel était le droit primitif?

L'ancienne interdiction n'était pas faite pour les femmes (2). Son but unique était, comme le démontre la formule du décret, la protection des biens que l'enfant tenait de son père ou de son aïeul et qu'il devait lui-même transmettre à ses propres descendants. Or on ne pouvait pas dire de la femme qu'ayant recueilli l'héritage paternel, elle dût le conserver pour sa postérité. De deux choses l'une, en effet : ou bien, en se mariant, elle se soumettait à la *manus,* elle entrait dans la famille du mari, et alors elle perdait tout droit à la succession paternelle, il n'y avait plus pour elle de *bona paterna* (3); ou bien elle échappait à la *manus,* elle restait dans sa famille d'origine, et alors elle conservait bien ses droits à la succession paternelle, mais ce n'étaient pas ses enfants, c'étaient ses agnats qui étaient appelés à lui succéder. Dans l'ancienne organisation de la famille, la femme *sui juris* était, suivant l'expression d'Ulpien, *finis familiæ* (4). Seul le *paterfamilias* avait pour mission de transmettre de générations en générations les

(1) Il résulte de plusieurs textes que les femmes *sui juris* pouvaient être à la fois en tutelle et en curatelle, et que les fonctions de curateur étaient alors confiées soit au tuteur lui-même, soit à une autre personne. PAUL, *Frag. Vat.*, 110. PAPINIEN, D. XXVI, 5, *De tut. et cur. dat.*, 13 § 2. V. SAVIGNY, *Vermischte Schriften*, I, p. 283, n. 2. Dans tous les cas, si la femme était mariée, son mari ne pouvait pas être curateur. PAPINIEN, D. XXVII, 10, *De cur. fur.*, 14. ALEXANDRE, C. J. V, 34, *Qui dare tutor.*, 2.

(2) En ce sens, UBBELOHDE, dans la *Grünhut's Zeitschrift*, IV, p. 680.

(3) En ce cas, c'est au mari que la femme pouvait être appelée à succéder *loco filiæ;* et, lorsqu'elle mourait, ses enfants lui succédaient, mais comme des frères à une sœur.

(4) ULPIEN, D. L, 16, *De verb. signif.*, 195 § 5.

biens provenant des ancêtres et destinés à la postérité; aussi l'interdiction qui n'existait à l'origine que pour la sauvegarde de ces biens ne pouvait-elle atteindre que le *paterfamilias*. Ce n'est pas à dire que la femme *sui juris* pût librement dissiper son patrimoine; la tutelle perpétuelle l'en empêchait, et elle constituait, du moins dans le principe, un frein assez rigoureux pour qu'il fût inutile de recourir à l'interdiction.

Il est à remarquer d'ailleurs que la femme prodigue ne pouvait pas plus être frappée par le censeur qu'interdite par décision du préteur. Ceux qui avaient autorité sur elle devaient veiller à ce qu'elle ne commît pas d'écarts de conduite. C'était donc aux tuteurs qu'il appartenait d'empêcher la dilapidation du patrimoine, et le censeur pouvait leur faire un grief de n'y avoir pas mis obstacle. Mais la *nota censoria* n'atteignait pas la femme elle-même[1].

On sait ce qu'il advint de la tutelle perpétuelle, et comment elle se relâcha de son ancienne rigueur. L'autorité des tuteurs devint en grande partie illusoire, et cessa de fournir une garantie sérieuse contre la prodigalité féminine. C'est alors sans doute que les femmes prodigues devinrent sujettes à l'interdiction. Elles ne l'étaient pas d'après la loi; mais le préteur les mit en curatelle.

XI. L'étude des conditions mises par la loi des Douze-Tables à l'ouverture de la curatelle du prodigue nous a

(1) Cicéron, *De republ*, IV, 6. *Nec vero mulieribus præfectus præponatur, qui apud Græcos creari solet; sed sit censor, qui viros doceat moderari uxoribus.* Aulu-Gelle, X, 22, 4. *Vir... mulieri pro censore est...* Den. d'Halic., II, 25. Voy. Humbert, dans le *Dictionnaire des Antiquités* de Daremberg et Saglio, au mot *Censor*, I, p. 996, n. 184.

montré quelles étaient les lacunes de ce système, et quelles catégories de prodigues il laissait sans protection. Les affranchis, les enfants institués ou exhérédés ou émancipés par leur père, les enfants nés hors du mariage, les femmes, voilà, en résumé, les diverses classes de personnes qui, dans la rigueur des anciens principes, ne pouvaient pas être interdites : c'est pour elles que le préteur créa la curatelle dative.

La création de ce genre de curatelle, destinée à combler les lacunes de l'ancienne loi, procédait d'un esprit tout nouveau. L'interdiction était restée jusqu'alors liée à l'organisation de la famille civile, et c'est pourquoi elle avait maintenu le principe primitif de la défense exclusive des *bona paterna avitaque*. Du jour où il fut admis que, même en l'absence d'agnats et de gentils, même à défaut de biens provenant de l'héritage paternel, le préteur donnerait des curateurs aux prodigues, l'interdiction cessa d'avoir pour fondement l'intérêt de la famille civile. Elle se justifia par des considérations plus larges, qui devaient conserver toute leur valeur malgré la désorganisation de l'ancienne famille romaine. C'est sur les mêmes raisons qu'aujourd'hui encore, dans notre Code civil, sont fondées les dispositions qui tendent à restreindre la capacité des prodigues, par la nomination d'un conseil judiciaire (1). Ces raisons sont au nombre de deux : l'une, d'intérêt social ; l'autre, d'intérêt privé.

(1) Locré, *Législ. civile*, III, p. 459 et s., 473, 475; VII, p. 327. Demolombe, VIII, 691. Laurent, *Principes de droit civil*, V, 340. — Voy. sur la valeur de cette institution, une intéressante discussion entre MM. Batbie et Duvergier, *Revue critique de législation*, XXIX, p. 127-167; XXX, p. 217-231, p. 402-436.

D'abord, il importe à la chose publique que les particuliers ne fassent pas un mauvais usage de ce qui leur appartient. *Expedit enim rei publicæ,* lisons-nous dans les Institutes de Justinien, *ne quis sua res male utatur* (1), et le texte de Gaius auquel le passage des Institutes correspond, fonde précisément sur cette raison l'interdiction des prodigues : *Male enim nostro jure uti non debemus, quâ ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio* (2). Si on abandonne le prodigue à ses instincts de dissipation et qu'il tombe dans la misère, il n'y a guère lieu d'espérer qu'il se relève par le travail ; il augmentera le nombre des déclassés ; il deviendra pour la société une cause de trouble, un élément de désordre. On trouve, dans les Déclamations de Quintilien, cette idée développée comme un lieu commun à l'appui d'une demande d'interdiction (3).

Le droit nouveau s'est aussi très manifestement inspiré d'un sentiment de commisération pour la personne même du prodigue. Lorsqu'un *paterfamilias* fait des dépenses exagérées, il est équitable, nous dit Antonin le Pieux, de venir à son secours, car il se conduit, pour ce qui concerne ses biens, comme un insensé (4). L'État s'estime ainsi tenu

(1) Inst. Just., I, 8 § 2.

(2) Gaius, I, 53, *in fine.*

(3) Quintilien, *Declamat.*, 240. *Nihil est periculiosius, judices, in hominibus, mutata subito fortuna, nihil ad vilitatem suî pronius, miseris delicatis. Juvenes in magnis patrimoniis atque in summa nati dignitate, subito excussi, non dico opibus, sed etiam necessariis ad victum spiritumque ultimum sustinendum, non redibunt ad opus quotidianum, non sufficient assiduo labori. Superest ut audeant aliquid vel propter quod moriantur.*

(4) Ulpien, 3, *De officio proconsulis :* D. XXVI, 5, *De tut. et cur. dat.*,

d'un devoir de protection envers ceux qui ne peuvent ou ne savent se défendre eux-mêmes, fût-ce contre leurs propres entraînements. Pensée très humaine et très douce, que certains esprits ont jugée trop peu respectueuse de la liberté individuelle, mais qu'on ne s'étonnera pas de rencontrer dans un rescrit du pieux Antonin.

Ainsi se sont fait jour, avec la curatelle dative, des principes entièrement nouveaux. L'interdiction a rompu le lien qui l'unissait à la famille primitive.

12 § 2. *Divus Pius matris querellam de filiis prodigis admisit, ut curatorem accipiant, in hæc verba : « Non est novum quosdam, etsi mentis suæ videbuntur ex sermonibus compotes esse, tamen sic tractare bona ad se pertinentia, ut, nisi subveniatur eis, deducantur in egestatem. Eligendus itaque erit, qui eos consilio regat : nam æquum est prospicere nos etiam eis, qui quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum. »*

III.

Les deux systèmes d'interdiction.

I. *Le décret d'interdiction d'après les Sentences de Paul. Son importance contestée à tort par Doneau. Ancienneté de son origine, contestée, à tort aussi, par Cujas.*

II. *Ce décret démontre l'existence d'un système d'interdiction essentiellement différent de celui qu'on trouve consacré au Digeste.* — III. *La distinction des deux systèmes d'interdiction ne doit-elle pas être rattachée à celle de la curatelle légitime et de la curatelle dative? Comment se sont-ils successivement formés?* — IV. *D'après M. Voigt, le nouveau système aurait été déduit, par voie d'interprétation, de la loi des Douze-Tables.* — V. *On doit plutôt penser qu'il fut créé par la jurisprudence en vue de certains cas où la loi ne s'appliquait pas, et qu'ainsi, à l'époque classique, il y avait deux systèmes d'interdiction différents. Opinion de M. Ubbelohde.*

VI. *Explication d'un texte d'Ulpien : Dig., XXVII, 10,* De curat. fur., *1. Ce texte contient une antithèse entre l'interdiction prononcée* LEGE XII TABULARUM, *et la coutume qu'ont les magistrats de donner des curateurs aux prodigues* EXEMPLO FURIOSI. *C'est la distinction même des deux systèmes d'interdiction.*

I. La plupart des auteurs ne signalent, dans le développement historique de l'interdiction, d'autre innovation importante que l'extension de la curatelle, sous forme de curatelle dative, à de nouvelles catégories d'incapables. Je crois, au contraire, qu'en même temps que la curatelle dative s'introduisit, les principes de l'interdiction subirent des modifications profondes, et qu'un système nouveau, tout différent de celui qu'avait organisé la loi des Douze-Tables, pénétra dans le droit romain.

C'est la conclusion qui ressortira de cette étude. On y est tout naturellement conduit, lorsqu'on examine avec quel-

que attention la célèbre formule du décret d'interdiction, que nous avons déjà reproduite, et qu'il faut citer encore.

> PAUL, *Sent.*, III, 4ᴬ § 7. Moribus (1) per prætorem bonis interdicitur hoc modo : QUANDO TIBI (2) BONA PATERNA AVITAQUE NEQUITIA TUA DISPERDIS LIBEROSQUE TUOS AD EGESTATEM PERDUCIS, OB EAM REM TIBI EA RE (3) COMMERCIOQUE INTERDICO.

Il importe beaucoup, quand on recherche de quelle manière s'est développée la théorie de l'interdiction, de savoir comment cette formule doit être comprise, à quelle

(1) D'après une leçon certainement inexacte, il y aurait *maribus*, et non *moribus*. Le paragraphe qui précède immédiatement parle de la femme, *quæ luxuriosi vivit*, et il s'agirait ici de l'interdiction prononcée contre les hommes.

(2) On a proposé de lire *tua* ou *tibi relicta*. Huschke se fonde sur la leçon de certains manuscrits, *tradis*, et hasarde cette audacieuse restitution *ira*[*tis*] *Dis*. La folie, dit-il, était, aux yeux des anciens, une peine infligée par les Dieux, et c'est ainsi que le préteur envisageait la prodigalité : il l'assimilait à la folie. HUSCHKE, *Jurisprud. antejust.*, 4ᵉ éd., p. 479, n. 1. J'essayerai plus tard de démontrer que l'assimilation qui finit par être admise entre la prodigalité et la folie, ne remonte pas au décret d'interdiction.

(3) Parmi les diverses leçons qui ont été proposées, au lieu de *ea re*, je signale : ÆRE *commercioque*, d'après CUJAS (*ad Sent. Paul.*, III, 4ᴬ, éd. de Naples, I, p. 416); LARE *commercioque*, d'après HUSCHKE (*Jurispr. antejust.*, 4ᵉ éd., p. 479, n. 2); TUA RE *commercioque*, d'après PERNICE (*Labeo*, I, p. 238, n. 17); JURE *commercioque*, d'après LEIST (*græco-italische Rechtsgesch.*, p. 55, n. i). Huschke se distingue entre tous par sa hardiesse. Il reconnaît que les manuscrits portent *ea re* ou *aere*, mais « neutrum placet, dit-il; scripsi *lare*, a cujus cultu domus paterna avitaque eoque dominium familiare pendebat. Itaque et sacrificio domestico et commercio interdicendum erat. » Il faut reconnaître que la double hypothèse de Huschke (*Dis iratis; lare*) donne beaucoup de couleur à la formule du décret; mais elle est vraiment trop conjecturale pour pouvoir être acceptée.

époque du droit il faut la faire remonter, quelle en était exactement la portée.

Ce qui est d'abord incontestable, c'est qu'elle était une véritable formule d'interdiction, c'est qu'elle avait pour effet de transformer le prodigue en incapable.

On a prétendu qu'en droit romain les prodigues étaient interdits par la seule volonté de la loi, en dehors de toute décision de justice. D'après cette opinion, que Doneau (1) a particulièrement soutenue, le décret d'interdiction n'aurait eu aucune efficacité sérieuse. Sans doute, Doneau reconnaît que le préteur prononçait les paroles rapportées par Paul dans ses Sentences; mais, dit-il, ce n'est pas à ces paroles, c'est au fait de la prodigalité que l'interdiction était attachée; le décret n'avait d'autre but que de constater solennellement une incapacité déjà encourue.

Cette doctrine est aujourd'hui très généralement abandonnée, et, sans exposer ici les diverses raisons qui l'ont justement fait délaisser, il suffira de remarquer que notre texte, à lui seul, en est la condamnation. Les termes du décret, *ea re commercioque interdico*, sont trop formels pour qu'il soit possible d'en contester la portée. Il s'agit d'un véritable décret d'interdiction, et le jurisconsulte le dit expressément : *per prætorem bonis interdicitur hoc modo*.

Nous devons également tenir pour certain que le décret d'interdiction remonte à une époque très ancienne.

Cujas l'a cependant présenté comme une création du droit nouveau (2). L'illustre romaniste pensait, comme Do-

(1) Doneau, *ad* D. XLVI, 1, *De verb. oblig.*, 6, n°. 5, édit. de Florence, 1847, XI, p. 612 et s., et note 1 de la p. 612.

(2) Cujas, *ad* D. XLVI, 1, *De verb. oblig.*, 6, édit. de Naples, I, p. 1165, 1166.

neau, que, d'après la loi des Douze-Tables, les prodigues étaient interdits de plein droit, sans que le magistrat dût intervenir; mais il admettait que ce système avait fini par être écarté, et qu'un décret d'interdiction, celui dont les termes nous ont été conservés, était devenu nécessaire. La nouvelle coutume se serait ainsi introduite en même temps que la curatelle dative : le préteur, voulant protéger certaines catégories de personnes que la loi n'atteignait pas, les aurait tout à la fois frappées d'interdiction par décret et pourvues de curateurs honoraires.

Cette thèse n'a pas prévalu, et on paraît s'accorder aujourd'hui à reconnaître qu'à aucune époque du droit romain l'interdiction n'a été de plein droit attachée au seul fait de la prodigalité. Ce qui est particulièrement inadmissible, c'est de placer l'origine du décret d'interdiction dans la création de la curatelle dative.

Pour démontrer que le décret remonte bien à l'ancien droit, on pourrait faire remarquer d'abord l'archaïsme de certaines des expressions qu'il emploie : *quando*, signifiant attendu que (1), et soutenu par *ob eam rem* (2), comme dans l'ancienne formule *quando non solvisti, ob eam rem tibi manum injicio; nequitia,* servant à désigner le genre

(1) Le mot *quando,* pris dans ce sens, se rencontre fréquemment dans l'ancienne latinité, et particulièrement dans les formules du droit ancien. GAIUS, IV, 16 : *Quando tu injuria vindicavisti...;* IV, 21 : *Quando non solvisti, ob eam rem ego tibi manum injicio.* Il est très rare dans le latin classique. KALB, *Roms Juristen,* 1890, p. 68-69.

(2) L'expression *ob eam rem* était très usitée chez les anciens jurisconsultes, et ce qui le prouve bien, c'est que VALÉRIUS PROBUS nous en donne l'abréviation : O. E. R. Extraits d'Einsiedeln, 6. A l'époque d'Ulpien et de Paul, elle n'est guère employée. KALB, *Roms Juristen,* p. 5, 6.

de vie méprisable et sans moralité que mènent les dissipateurs[1]; *ea re,* pris dans un sens qui rappelle la disposition des Douze-Tables, *uti legassit super pecunia tutelave suæ rei*[2]. Mais la preuve la plus décisive résulte des premiers mots par lesquels le magistrat, sous forme de reproche adressé au prodigue, motivait l'interdiction. *Quando tibi bona paterna*[3] *avitaque nequitia tua disperdis :* « Attendu que, par ta conduite déréglée, tu dilapides les biens que tu as reçus de tes ancêtres. » La loi des Douze-Tables ne plaçait le prodigue en curatelle que s'il dissipait les biens recueillis dans la succession de son père; or ce sont précisément ces biens que le préteur accusait le prodigue de dissiper. Le décret était donc manifestement dirigé contre les personnes que l'ancienne loi mettait en curatelle. On a pu conjecturer qu'il était calqué sur le texte des Douze-Tables; en tout cas, il en reproduisait fidèlement la pensée, et on peut affirmer que les termes en ont été fixés à une époque où le prodigue ne pouvait être frappé d'interdiction s'il n'avait pas recueilli l'héritage paternel.

Le jurisconsulte Paul rattache notre décret à la coutume : *moribus.* Il faut entendre par là l'antique usage

(1) C'est l'ancienne signification du mot *nequitia.* A. Gelle, VII, 11. V. *suprà,* p. 93.

(2) Le mot *res,* dans le sens de patrimoine, est d'une très ancienne latinité. A l'époque de Cicéron et de Varron, on ne l'emploie plus dans ce sens qu'en y ajoutant une épithète, par exemple *privata* ou *familiaris.* Voigt, *Jus naturale,* II, p. 155, n. 152; IV, p. 123.

(3) D'après Huschke, l'expression qui servait le plus anciennement à désigner les biens transmis par les ancêtres, était *bona patrita avitaque. Paterna* se serait plus tard substitué à *patrita.* Huschke, *Avitum et patritum,* dans la *Zeitschrift für vergleich. Wissens.,* I, 1878, p. 208.

dont nous avons cherché les premières origines dans le gouvernement intérieur des *gentes* et que la loi des Douze-Tables se borna sans doute à consacrer. C'est un contre sens historique, d'y voir une allusion à la création de la curatelle dative (1).

II. Mais il ne suffit pas de constater que nous possédons la formule traditionnelle du décret. Ce qu'il faut reconnaître, c'est que cette formule démontre l'existence d'un système d'interdiction tout différent de celui qu'on trouve

(1) On lit dans le *Dictionnaire des antiquités* de Daremberg et Saglio, au mot *Curator* (t. I, p. 1618, n. 10) : « Les jurisconsultes, sur la foi de Gaius et de Justinien, attribuent à la loi des Douze-Tables la *cura prodigi*, telle qu'elle vient d'être exposée. Les historiens éprouveront peut-être quelques scrupules, et hésiteront à faire remonter au droit ancien cette formule d'interdit prononcée par le préteur. Cependant cette formule, quelle que soit la date de la rédaction qui nous a été transmise, paraît bien inspirée par la loi des Douze-Tables, et la restriction *bona paterna avitaque* remonte certainement à la législation primitive. Puchta pense qu'il y a analogie entre la *cura furiosi* et la *cura prodigi*, et regarde comme *legitima* la *cura* imposée au prodigue, héritier *ab intestat* du patrimoine. » Je ne comprends pas très bien le sens des réserves qu'exprime ainsi, au nom des historiens, le savant collaborateur du *Dictionnaire des antiquités*, M. Thédenat. Prétend-on soutenir qu'il n'y eut jamais, pour les prodigues, de curateurs légitimes, c'est-à-dire appelés par la loi des Douze-Tables? Il me semble bien difficile de contester, sur ce point, l'opinion de Puchta (V. cependant Hugo Böhlau, *Die Delation der Vormundschaft über Geisteskranke nach röm. R.*, dans la *Zeitschrift für Rechtsg.*, 1873, XI, p. 370-375. J'ai combattu l'opinion de H. Böhlau dans la *Nouvelle Revue historique de droit*, XV, 1891, p. 313-316). Veut-on dire, comme le pensait Cujas, que, dans le droit ancien, le magistrat ne prononçait pas de décret d'interdiction, ou simplement que la formule du décret n'était pas alors conçue dans les termes qui nous ont été transmis dans les Sentences? C'est ce que je ne parviens pas à démêler. Dans tous les cas, il est regrettable que M. Thédenat ne nous ait pas fait connaître les raisons de douter qui, d'après lui, font hésiter l'historien, sans émouvoir le jurisconsulte.

exposé dans les écrits des jurisconsultes classiques; c'est qu'elle atteste ainsi, dans l'histoire de notre institution, une transformation complète.

La théorie classique de l'incapacité de l'interdit est bien connue. Elle consiste essentiellement en une distinction entre les actes qui tendent à rendre la condition meilleure et ceux qui tendent à la rendre pire : le prodigue interdit reste capable de faire les premiers; il est incapable de faire les autres. Or, ce qui est très remarquable, c'est que cette théorie ne présente absolument rien de commun avec la prohibition prononcée par le magistrat, dans le décret dont nous connaissons la formule. Elle a été sans doute construite par la jurisprudence, mais il ne paraît pas possible qu'elle ait eu ce décret pour fondement. De la formule *ea re commercioque interdico,* il ressort bien certains principes régulateurs de la condition de l'interdit, et j'essayerai plus tard de les dégager; mais ce ne sont pas ceux que la doctrine classique a consacrés.

Remarquons d'abord les mots *ea re interdico*. Le préteur commence par reprocher au prodigue de dilapider les biens paternels; puis il lui fait défense d'en disposer. Qu'on y prenne garde : cette défense n'est pas générale; elle est expressément limitée aux biens dont il vient d'être parlé. *Quando tibi bona paterna avitaque..., ob eam rem... :* c'est parce que le prodigue dissipe l'héritage paternel qu'il est frappé d'interdiction. *Ea re interdico;* c'est à cette partie du patrimoine qu'il lui est interdit de toucher.

En général on n'entend pas ainsi les paroles du préteur; on n'en limite pas la portée à une catégorie de biens (1). Il

(1) Un ancien auteur, cité par Glück, avait cependant proposé d'ad-

est certain que les jurisconsultes classiques ne paraissent tenir nul compte de la provenance des biens du prodigue pour déterminer les effets de l'interdiction, et on pense très communément que le décret d'interdiction doit être mis d'accord avec cette doctrine. Mais, c'est à tort; on fausse ainsi le sens des paroles que le préteur prononçait. Il faut reconnaître que le décret contenait une restriction dont les fragments du Digeste ne parlent plus, et qui, sans doute, a fini par disparaître. Telle est l'interprétation admise par les deux auteurs qui, dans ces dernières années, ont étudié, avec le plus de soin, la théorie romaine de l'interdiction, MM. Voigt (1) et Ubbelohde (2). Elle s'appuie très solidement sur le texte de Paul.

On en a cherché la confirmation, en dehors de ce texte, dans plusieurs passages d'un grand nombre d'auteurs anciens, où il est question de prodigues qui dissipent les biens paternels et qui sont frappés par l'interdiction dans la jouissance de ces biens eux-mêmes. Ces passages ne font-ils pas allusion à l'ancienne interdiction, et ne donnent-ils

mettre une distinction entre les biens présents et les biens à venir : l'interdiction n'aurait enlevé au prodigue que le droit de disposer des biens qui lui appartenaient au jour où elle était prononcée. Glück, *Pandect.*, XXXIII, p. 253-255. Cette distinction ne saurait se justifier, mais tout autre est celle qui se fonde sur les termes du décret d'interdiction.

(1) Voigt, *Jus natur.*, IV, p. 123. Indem nun das Interdict dem *Prodigus ea re*, d. i. *re paterna avitaque* interdicirte, so war die Wirkung hiervon die, dass dadurch das vom Vater *ab intestato* ererbte Hauswesen dem Interdicirten untersagt... wurde.

(2) Ubbelohde, *loc. cit.*, dans la *Grünhut's Zeitschrift*, IV, p. 673. Die civile Prodigalitätserklärung ist nicht blos in ihren Voraussetzungen beschränkt : auch ihre Wirkung hat, jenen genau entsprechend, ein begrenztes Gebiet, eben die *ab intestato* ererbten *bona paterna avitaque*.

pas à entendre que son effet était limité aux *bona paterna avitaque* (1) ?

Je me garderai d'exagérer la valeur d'un tel argument. En fait, il arrive le plus souvent que le prodigue a pour toute fortune les biens que son père lui a laissés. Peut-être est-ce pour s'être placés dans cette hypothèse, la plus fréquente de toutes, que les auteurs dont il s'agit n'ont parlé que de l'héritage paternel (2).

Je retiendrai toutefois, parmi les citations qu'on a faites, un texte très probant de Valère Maxime (3). Nous l'avons rencontré déjà, et nous y avons vu, très nettement exprimée, la raison qui, à l'époque la plus ancienne, justifiait l'interdiction du prodigue. On doit y remarquer aussi la façon dont Valère Maxime qualifie le fait particulier d'interdiction qu'il rapporte; elle s'accorde parfaitement avec l'idée d'une interdiction limitée à l'héritage paternel. *Ei Q. Pompeius prætor urbanus* PATERNIS BONIS INTERDIXIT. Ces mots ne rappellent-ils pas les termes du décret *ea re... interdico*, et n'en précisent-ils pas le sens? L'historien ajoute : *quem ergo nimia patris indulgentia*

(1) Voyez les nombreux textes cités par M. VOIGT, *XII Tafeln*, II, p. 344, n. 35. — V. *suprà*, p. 103, n. 4.

(2) Il ne faudrait pas opposer cette objection à l'argument fondé sur les termes du décret : *quando tibi bona paterna avitaque..., ea re interdico*. Que les biens recueillis par le prodigue dans la succession de son père soient seuls mentionnés, on peut soutenir que cela n'a pas d'importance, chez les écrivains qui rapportent tel ou tel exemple d'interdiction. Mais il en est tout autrement, dans la formule même du décret. On ne saurait admettre que les paroles prononcées par le préteur n'eussent pas un sens précis. Le prodigue ne pouvait évidemment devenir incapable que dans la mesure exacte où cette formule lui enlevait la capacité.

(3) VALÈRE MAXIME, III, 5, 2. V. *suprà*, p. 106, n. 2.

heredem reliquerat, publica severitas exheredavit. « Celui qu'un père trop indulgent n'avait pas exclu de sa succession, la sévérité publique l'exhéréda. » L'interdiction équivalait ainsi à une sorte d'exhérédation prononcée par le magistrat; ce qu'elle enlevait au prodigue, c'était l'héritage paternel (1).

Cette manière d'entendre la portée de l'interdiction est tout à fait en harmonie avec l'ancien principe qui restreignait l'application de la curatelle légitime. Puisque, d'après la loi des Douze-Tables, l'interdiction ne pouvait être prononcée que dans le cas où les biens paternels étaient compromis, il était naturel et logique qu'une fois prononcée, elle ne produisît d'effet que pour la sauvegarde de ces biens eux-mêmes. On aurait dépassé le but, en faisant bénéficier d'une protection organisée en vue des biens de famille ceux qui provenaient d'une autre source. Il y a là une conséquence nécessaire, et elle s'impose surtout si l'on admet, comme nous l'avons fait, que la première origine de l'interdiction doit être cherchée dans une ancienne règle d'inaliénabilité, limitée d'abord à l'*heredium*, puis étendue aux *bona paterna avitaque.*

Il y avait, dans le décret d'interdiction, une autre formule prohibitive : *commercio interdico.* Cette formule devait naturellement avoir pour effet d'enlever à l'interdit le

(1) On a fondé un semblable argument sur ce passage de Cicéron, *de senectute,* 7, 22 : *Quemadmodum more nostro male gerentibus* PATRIIS BONIS *interdici solet* (V. UBBELOHDE, dans la *Grünhut's Zeitschrift,* IV, p. 674). Mais ce n'est pas ainsi que le texte doit être lu. La véritable leçon est *male gerentibus* PATRIBUS, et cela supprime l'argument. J'aurai l'occasion de revenir sur ce passage, et de montrer qu'il ne se réfère pas à l'interdiction du droit ancien.

commercium, et il faut entendre par là la faculté d'accomplir les actes du droit civil qui concernent le patrimoine, particulièrement la mancipation. Ce qui devait former le trait dominant et vraiment caractéristique de la condition du prodigue ainsi frappé, c'était la déchéance du *commercium*. Or, on ne remarque point que les jurisconsultes classiques expliquent par cette déchéance les nombreuses décisions qu'ils donnent relativement à l'incapacité de l'interdit[1], et il n'est pas possible de les y rattacher comme au principe d'où elles auraient été déduites; ce n'est certainement pas sur ce fondement que la jurisprudence a édifié son système. A ce point de vue encore, le décret d'interdiction n'est pas d'accord avec la doctrine des jurisconsultes classiques.

Nous essayerons plus tard de faire sortir de la double formule *eâ re commercioque interdico* le régime d'incapacité que, dans l'ancien droit, l'interdiction devait entraîner, et nous trouverons ainsi la solution de difficultés qui ne s'expliquent pas, quand on prétend les ramener à la théorie du Digeste.

III. Il faut conclure, en somme, que le droit romain a pratiqué deux systèmes d'interdiction différents. C'est déjà ce qu'admettait Cujas; mais, d'après le grand romaniste, le décret d'interdiction aurait caractérisé le système du droit nouveau. Je crois, au contraire, qu'il se rattache au système le plus ancien. Ce qui les distingue l'un de l'autre,

(1) Un seul texte mentionne, comme cause de l'incapacité de l'interdit, a déchéance du *commercium;* il est étranger à la compilation de Justinien, et nous verrons bientôt pourquoi on est autorisé à le rattacher au système de l'ancienne loi. ULP., XX, 13.

ce n'est pas, comme le pensait Cujas, que l'un fût applicable de plein droit, et l'autre seulement en vertu d'une décision de justice; ce sont certains caractères, que la formule du décret, comparée à l'ensemble des textes du droit classique, nous a fait entrevoir, et que nous nous efforcerons par la suite de préciser.

Ces conclusions sont absolument d'accord avec les résultats auxquels nous sommes parvenus, dans notre étude de la curatelle légitime et de la curatelle dative. Les règles de la curatelle légitime nous ont fourni le type d'une institution primitive, unie à l'organisation de la famille civile et probablement issue de la *gens;* c'est cette même institution que le décret d'interdiction nous révèle, en y ajoutant quelques traits nouveaux, parfaitement en harmonie avec son principe. D'autre part, la curatelle dative nous est apparue comme la manifestation d'une pensée nouvelle, fondant à la fois sur l'intérêt social et sur l'intérêt des particuliers la protection accordée au patrimoine du prodigue; c'est sous cette même influence qu'a dû se former, en contradiction avec les termes du décret, une théorie nouvelle de l'incapacité de l'interdit.

Mais, de quelle manière cette transformation s'est-elle accomplie? Il s'agit de savoir comment l'interdiction primitive, dont le décret nous a paru reproduire les traits essentiels, a fait place au système nouveau, définitivement consacré dans les textes du Digeste.

Ce qui surprend tout d'abord, quand on cherche à résoudre ce problème, c'est qu'à l'époque classique, le décret d'interdiction n'a pas cessé d'être en usage. Il est manifestement empreint des principes du droit ancien, et cependant Paul nous en parle comme d'une formule que,

de son temps, le préteur continue d'employer : *moribus per prætorem bonis* INTERDICITUR *hoc modo.*

De là une difficulté fort embarrassante; comment est-il possible de concilier avec le maintien de l'ancienne formule le changement qui s'est produit dans les principes de l'interdiction?

IV. On peut d'abord être tenté de soutenir que la théorie de l'interdiction s'est insensiblement transformée, par l'œuvre des magistrats et des jurisconsultes, sans jamais cesser de s'appuyer, du moins en apparence, sur la loi des Douze-Tables et sur le décret traditionnel. C'est l'opinion qu'a défendue M. Voigt (1).

D'après l'éminent romaniste, lorsque le préteur voulut rendre incapables des personnes que la loi laissait sans protection, c'est la formule de l'ancien décret qu'il leur appliqua; il s'en servit ainsi pour frapper tous les prodigues sans distinction, ceux qu'il mettait lui-même en curatelle comme ceux qui recevaient des curateurs légitimes. De même, si la jurisprudence régla par des principes nouveaux l'incapacité du prodigue, elle le fit pour déterminer les effets de la formule d'interdiction elle-même; la théorie jurisprudentielle est sortie de cette formule au moyen d'une interprétation qui, sans doute, s'écartait sensiblement du texte, mais qui toutefois en paraissait être le développement rationnel. L'interdiction, telle qu'elle est organisée dans le dernier état du droit, n'a pas d'autre base que la loi des Douze-Tables, extensivement appliquée par le préteur, librement interprétée

(1) VOIGT, *Jus naturale*, IV, p. 122-129.

par la jurisprudence. Même sous Justinien, il est encore vrai de dire : *Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur.* Aussi la persistance de l'ancien décret d'interdiction n'a-t-elle rien qui doive nous surprendre; elle est seulement une preuve de l'art consommé avec lequel les jurisconsultes de Rome savaient plier, assouplir les textes et les formules à des applications imprévues (1).

Cette ingénieuse hypothèse ne me paraît pas admissible. Je ne conteste pas la puissance créatrice de l'interprétation des Prudents, mais je ne vois pas comment cette interprétation serait parvenue à tirer de la loi des Douze-Tables et de la formule d'interdiction des décisions qui étaient avec elles en opposition flagrante.

N'est-il pas d'abord évident que, dans le cas où le prodigue n'avait pas recueilli la succession de son père, les mots *quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis* ne pouvaient pas être prononcés? Comment le préteur aurait-il motivé l'interdiction par une raison matériellement inexacte? Il est certain qu'en pareille hypothèse la loi des Douze-Tables ne recevait pas d'application, puisque le curateur était nommé par le magistrat; il n'y avait pas plus de place pour le décret d'interdiction que pour la curatelle légitime, car l'un supposait, aussi bien que l'autre, que les biens paternels étaient compromis.

Il semble également incontestable que des prodigues atteints par la formule *ed re commercioque interdico* n'ont pas pu être soumis au genre d'incapacité dont les règles sont écrites au Digeste. M. Voigt suppose que la théorie créée par la jurisprudence a été déduite des termes du dé-

(1) Voigt, *l. c.*, p. 129 : « Hierin werden wir mit Recht einem ächten Zug des römischen Volksgeistes anerkennen dürfen, der fest an dem Alter hängt, gleich am erprobten, vertrauten Freund. »

cret par voie d'interprétation; mais il ne montre pas par quel lien logique elle s'y rattache, et ce lien fait absolument défaut.

V. On voit dès à présent à quelle conclusion nous nous acheminons. Nous reconnaissons qu'à l'époque classique le décret d'interdiction était encore en usage, mais nous ne pouvons admettre qu'il fût dans tous les cas applicable. Une distinction s'impose. Le prodigue tombait-il sous le coup de la loi des Douze-Tables : le décret d'interdiction était rendu contre lui. Le prodigue était-il de ceux que l'ancienne loi n'avait pas prévus : le magistrat le mettait en curatelle, sans avoir recours à l'ancien décret. Dans le premier cas, l'incapacité de l'interdit devait être réglée d'après la formule d'interdiction. C'est en vue de la seconde hypothèse que la jurisprudence dut construire, sans être gênée par le texte, un nouveau système d'incapacité. Ainsi, l'impossibilité de ramener à une idée commune les données que fournissent les textes relatifs à l'interdiction, nous conduit à penser qu'il y avait, à l'époque classique, deux sortes d'interdiction, régies par des principes différents, l'une fondée sur la loi des Douze-Tables, l'autre dérivant d'une coutume plus récente.

Il est vrai que, dans le dernier état du droit, aucune distinction de ce genre n'apparaît. C'est une seule interdiction, la même pour tous les prodigues, que les fragments rassemblés dans la compilation de Justinien nous font connaître. Mais il ne s'ensuit pas que l'interdiction ait toujours présenté ce caractère d'unité. L'ancienne dualité de systèmes a laissé des traces, soit dans les fragments des jurisconsultes qui nous sont parvenus en dehors de l'in-

termédiaire de Justinien, soit dans l'œuvre même de cet empereur. L'étude attentive des textes nous permettra d'établir, preuves en mains, l'existence des deux systèmes d'interdiction, et, je l'espère du moins, de retracer fidèlement la physionomie propre à chacun d'eux.

Le principe de cette distinction a été proposé pour la première fois par M. Ubbelohde, dans une très remarquable dissertation sur la capacité des prodigues et des mineurs de vingt-cinq ans (1). Comme l'éminent auteur, j'admettrai qu'il y eut pendant longtemps deux sortes de prodigues interdits. Sa très savante argumentation m'a, sur ce point, pleinement convaincu. Mais ce n'est pas à dire qu'il me soit possible d'adhérer sans réserve à ses conclusions. Ce qui, d'après M. Ubbelohde, distingue essentiellement les deux sortes de prodigues interdits, c'est que l'incapacité des premiers était sanctionnée par le droit civil, et celle des seconds par le droit prétorien ; sa dissertation est le développement de cette antithèse. Je pense, au contraire, que les deux systèmes d'interdiction procédaient également du droit civil, que l'un était fondé sur la loi et l'autre sur la coutume, et j'essaierai d'en déterminer les caractères essentiels sans recourir à l'idée d'un conflit entre le droit prétorien et le droit civil.

VI. La solution du problème qui nous occupe doit être cherchée dans un texte d'Ulpien, que les rédacteurs du Digeste ont placé en tête du titre *de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis*, et où se trouvent les éléments

(1) Ubbelohde, *über die Handlungs fähigkeit des prodigus und minderjährihen nach gemeinem Rechte*, dans la *Grünhut's Zeitschrift*, IV, 1877, p. 671-721.

d'une véritable histoire de l'interdiction. Étudions ce texte avec soin. Il joue, dans la doctrine que nous allons exposer, le rôle d'un argument fondamental.

> ULPIEN, 1, *ad Sabinum :* D. XXVII, 10, *De cur. fur.*, 1. Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est. Sed solent hodie prætores vel præsides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit[1], curatorem ei dare exemplo furiosi : et tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem vel ille sanos mores receperit : quod si evenerit, ipso jure desinunt esse in potestate curatorum. § 1. Curatio autem ejus, cui bonis interdicitur, filio negabatur permittenda : sed extat divi Pii rescriptum filio potius curationem permittendam in patre furioso, si tam probus sit.

Ulpien nous parle d'abord de l'interdiction des prodigues, qu'il fonde sur la loi des Douze-Tables, puis de la curatelle dative des prodigues. Il donne ensuite deux décisions, dont l'une se réfère à la cessation des pouvoirs du curateur, et l'autre à la question de savoir si un fils peut être nommé curateur de son père. Que nous apprend-il sur le développement historique de l'interdiction?

Le commencement du texte *lege duodecim tabularum prodigo interdicitur...* soulève une première difficulté, à laquelle nous ne nous arrêterons pas longtemps. D'illustres commentateurs ont traduit cette phrase en ce sens que le prodigue serait de plein droit en état d'interdiction, et que le magistrat n'aurait pas à le frapper d'incapacité. Do-

(1) Peut être faut-il lire *profundit.* MOMMSEN, *Dig.*

neau (1) pensait que telle était, d'une manière absolue, la règle romaine, et qu'elle s'appliquait même lorsque le préteur nommait le curateur du prodigue. D'après Cujas (2), cette règle aurait été admise par la loi des Douze-Tables, puis aurait disparu, lorsque les magistrats nommèrent eux-mêmes des curateurs aux prodigues, et tel serait précisément le sens de l'opposition que le jurisconsulte établit entre l'ancienne loi et l'usage de la curatelle dative. Ces deux opinions sont aujourd'hui tombées dans un complet discrédit. Les mots *lege duodecim tabularum prodigo interdicitur*... ne doivent pas s'entendre en ce sens que l'interdiction aurait été attachée de plein droit au seul fait de la prodigalité; ils signifient simplement qu'elle était prononcée en vertu de la loi des Douze-Tables, mais elle l'était par décret du magistrat. Tenons ce premier point pour certain, sans y insister davantage, et essayons de bien comprendre la pensée du jurisconsulte.

Voici comment il faut la traduire.

« Il y a, dit d'abord Ulpien, une interdiction fondée sur la loi des Douze-Tables, et plus anciennement sur la coutume; » c'est celle qui est prononcée dans la forme du décret traditionnel, lorsque les conditions requises par la loi sont réunies. « Mais il y a une autre pratique, actuellement suivie : les préteurs et les gouverneurs de province nomment eux-mêmes des curateurs aux prodigues. » Cela signifie qu'au lieu de frapper le prodigue d'interdiction conformément à la loi, c'est-à-dire en usant de la formule du décret, le magistrat se contente de lui donner un

(1) Doneau, *ad* D. XLV, 1, *de verb. oblig.*, 6, Florence, 1847, XI, p. 612.

(2) Cujas, *ad* D. XLV, 1, *de verb. oblig.*, 6, Naples, I, p. 1165-1166.

curateur : c'est un procédé d'interdiction d'un nouveau genre. Le jurisconsulte oppose ainsi l'un à l'autre deux systèmes d'interdiction, l'un fondé sur la loi des Douze-Tables, l'autre tenant à l'organisation de la curatelle dative.

En général, les commentateurs ne reconnaissent qu'une seule espèce d'interdiction; aussi n'entendent-ils pas notre texte dans le sens que nous venons de lui donner. Ulpien constate, dit-on, d'une façon générale, que l'interdiction dérive de la loi des Douze-Tables, et il ajoute que les magistrats ont fini par s'attribuer la nomination des curateurs; mais on refuse de voir, dans ces deux propositions, la distinction des deux systèmes qui, suivant nous, en résulte.

Telle est l'interprétation commune. Mais rend-elle exactement le sens du texte? Elle supprime l'antithèse, si nettement marquée par l'emploi du mot *sed*, entre les deux phrases *lege duodecim tabularum...*, et *sed solent hodie prætores...* Elle admet comme deux principes qui ne se contrediraient en rien, et qui seraient également applicables dans les mêmes hypothèses, que l'interdiction est prononcée en vertu de la loi des Douze-Tables et que les magistrats nomment des curateurs aux prodigues. Or, il y a là au contraire deux idées qui se heurtent. Ou bien l'interdiction est prononcée *lege*, ce qui suppose évidemment la réunion des conditions prescrites par la loi; et alors ce n'est pas le préteur qui nomme le curateur, c'est la loi elle-même. Ou bien le préteur nomme le curateur du prodigue, ce qui arrive lorsqu'il s'agit d'un prodigue qui, d'après la loi, n'encourt pas l'interdiction; et alors il n'est pas possible de dire que l'interdiction a lieu *lege*[1].

(1) M. Cuq reconnaît qu'il y a dans notre texte une antithèse très

Poursuivons l'analyse du texte. « C'est un usage établi, pour les préteurs et les gouverneurs de province, s'ils reconnaissent qu'une personne ne met pas de borne à ses dépenses, mais, à force d'excès et de gaspillages, dissipe son patrimoine, de lui donner un curateur... »

Ulpien semble ici poser en principe que dans tous les cas le curateur est nommé par le magistrat, et il est permis de s'en étonner, car il est bien certain qu'à l'époque d'Ulpien, la curatelle légitime du prodigue existe toujours (1). On ne voit pas comment, dans l'opinion communément admise, il serait possible d'expliquer la généralité du texte, si ce n'est en recourant à l'hypothèse d'une interpolation. Dans l'explication que je propose, avec M. Ubbelohde, la portée des termes trop généraux employés par le jurisconsulte se restreint d'elle-même. En effet, nous entendons le fragment d'Ulpien en ce sens que les deux principes *lege interdicitur* et *solent prætores curatorem dare* sont en

nette entre deux systèmes juridiques; mais suivant lui, la première phrase *lege XII tabularum prodigo interdicitur...* contiendrait une allusion à l'époque primitive où l'interdiction était prononcée par l'assemblée des *gentiles* ou des agnats, et Ulpien opposerait à cette ancienne coutume le droit nouveau qui attribua au magistrat la nomination du curateur. Notre savant collègue s'appuie sur cette interprétation pour soutenir qu'à l'origine la curatelle du prodigue était organisée par l'autorité gentilice : « l'antithèse ne serait pas pleinement justifiée, si, dès le principe, le magistrat avait été chargé de prononcer l'interdiction. » Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, p. 315. — J'ai admis, avec M. Cuq, que, dans le droit le plus ancien, les prodigues étaient, comme les fous, mis en curatelle par décision de la *gens* (*suprà*, p. 1-3); mais ce n'est pas à cette coutume, depuis si longtemps disparue, qu'Ulpien peut ici faire allusion. Il parle *au présent : lege XII tab. interdicitur;* « l'interdiction *est prononcée* en vertu de la loi des Douze-Tables. »

(1) Ulpien, XII, 1-4.

opposition l'un avec l'autre, et que l'un n'est susceptible d'application que dans le cas où l'autre ne devrait pas lui-même être appliqué : d'où résulte qu'ils se limitent naturellement l'un l'autre. Lorsqu'Ulpien dit que l'interdiction est prononcée *lege*, il sous-entend : « pourvu que les conditions requises par la loi soient remplies ; » et lorsqu'il ajoute que le magistrat nomme le curateur, il sous-entend aussi : « à moins qu'il n'y ait lieu à la curatelle légitime (1). »

Nous avons arrêté notre traduction aux mots *exempto furiosi*. Ici se trouve le point culminant du texte : Ulpien va nous indiquer l'idée fondamentale du nouveau système d'interdiction qu'il oppose à l'interdiction *lege*. Les magistrats, dit-il, ont coutume de nommer des curateurs au prodigue, *exemplo furiosi*, comme s'il s'agissait d'un *furiosus*.

Il n'est pas douteux que la comparaison du prodigue avec le fou ne tienne une place importante dans la théorie romaine de l'interdiction. Ce n'est pas seulement dans ce texte, c'est à chaque instant, que les jurisconsultes rapprochent ces deux catégories d'incapables. Il est curieux de remarquer que sur ce point ils sont d'accord avec la science moderne. Les aliénistes nous apprennent que l'excessive

(1) Au reste, il n'est pas impossible que cette partie du texte ait subi quelque retouche. La question de savoir si, dans le droit de Justinien, la curatelle légitime existe encore, est controversée, mais doit être résolue par l'affirmative. V. *Nouvelle Revue historique de droit*, 1891, p. 310-328 : *comment la curatelle légitime se transforma en curatelle dative, dans le dernier état du droit romain*. Or il est bien possible que les rédacteurs du Digeste aient prêté à Ulpien des expressions générales, pour lui faire dire qu'en toutes circonstances il appartenait au magistrat de nommer le curateur. Le membre de phrase *si talem hominem invenerint...*, est d'une grande prolixité ; il a paru suspect à des juges très autorisés, notamment à Lenel et à Kalb. V. *suprà*, p. 95, n. 2.

prodigalité est fréquemment la manifestation de véritables maladies mentales; ils la signalent en particulier parmi les symptômes qui marquent le début de la paralysie générale (1), et ceux qui ont étudié l'histoire de l'aliénation n'ont pas manqué d'observer que déjà, dans le Digeste, les prodigues étaient comparés à des fous (2). En faisant ce rapprochement, les jurisconsultes romains n'ont pas eu, je suppose, la prétention de formuler une vérité d'ordre physiologique; c'est uniquement au point de vue juridique qu'ils se sont placés, mais à ce point de vue l'analogie qu'ils constatent paraît avoir eu, dans leur pensée, une importance capitale. Ils reviennent sur cette idée avec une sorte d'insistance et, si je ne me trompe, c'est sur elle qu'ils ont fondé un nouveau système d'interdiction.

Cette thèse est loin d'être conforme à la doctrine généralement reçue. La plupart des romanistes n'admettent ni que la comparaison de la prodigalité avec la folie ait eu, en matière d'interdiction, la valeur d'un principe fondamental, ni surtout qu'il en faille reporter l'origine à l'établissement de la curatelle dative. J'essayerai, sur ces deux points, de rétablir le véritable sens de la théorie romaine. Les deux propositions que je viens d'énoncer et que personne, avant M. Ubbelohde, n'avait imaginé de soutenir, sont étroitement unies l'une à l'autre : mais pour plus de clarté, je les démontrerai séparément.

(1) *Dictionnaire des sciences médicales* (Dechambre), au mot *Paralysie générale*, t. XX, p. 727; De Krafft Ebing, *La responsabilité criminelle et la capacité civile*, trad. par Chatelain, Paris, 1875, p. 128; Legrand du Saulle, *L'interdiction des aliénés et le conseil judiciaire*, Paris, 1881, p. 381 et s.

(2) Legrand du Saulle, *l. c.*, p. 449, 493. H. Coutagne, *La folie au point de vue judiciaire et administratif*, p. 28.

IV.

La comparaison de la prodigalité avec la folie.

I. *Importance juridique de la comparaison des prodigues avec les fous. C'est un véritable principe de droit.* — II. *Nombreux fragments du Digeste qui règlent, sur cette analogie, la curatelle et l'incapacité du prodigue.* — III. *Passages de Sénèque et de Quintilien qui font une sorte de confusion entre la demande d'interdiction et la demande de nomination d'un curateur pour cause de folie.* — IV. *Critique de l'opinion d'après laquelle l'incapacité du prodigue doit être assimilée à celle du pupille. La demi-capacité que conserve le prodigue s'explique par le caractère de la folie dont il est réputé atteint : c'est une folie partielle, limitée à certains actes.*

V. *L'assimilation de la prodigalité à la folie remonte à l'institution de la curatelle dative. Elle est le principe fondamental du nouveau système d'interdiction. Critique de l'opinion qui en cherche l'origine dans la loi des Douze-Tables.* — VI. *Textes d'où il résulte que cette assimilation avait une portée restreinte aux prodigues mis en curatelle par le magistrat.* — VII. *Double terminologie usitée en matière d'interdiction* (IS CUI LEGE BONIS INTERDICTUM EST, IS CUI BONIS INTERDICTUM EST), *et classification des textes d'après cette terminologie.* — VIII. *Double raison donnée par les textes pour expliquer l'incapacité de l'interdit* (*absence du* Commercium *et comparaison du prodigue avec un* furiosus). *Classification des textes d'après cette dualité de motifs. Cette classification se rapporte exactement à la précédente.* — IX. *Pourquoi il est rationnellement nécessaire d'admettre que l'assimilation de la prodigalité à la folie a été un moyen de jurisprudence, ayant pour but de compléter le système de la loi. Rapprochement de cette théorie avec la fiction de folie sur laquelle la jurisprudence a fondé la* querela inofficiosi testamenti. — X. *Raisons de penser que la comparaison de la prodigalité avec la folie a été empruntée à la philosophie grecque et au droit d'Athènes. Rapprochement entre le droit romain et le droit grec, dans la matière de l'interdiction et dans celle des testaments inofficieux.*

I. On attache en général fort peu d'importance à la comparaison que font les jurisconsultes romains entre la

prodigalité et la folie. Les interprètes la mentionnent, mais le plus souvent sans y insister, sans en tirer aucune conséquence pratique. Ils y voient simplement une observation destinée à justifier les mesures prises pour la conservation des biens du prodigue, mais non un véritable principe de droit, d'après lequel auraient été déterminés les effets de l'interdiction. Si l'incapacité de l'interdit peut être rapprochée de quelque autre, ce n'est pas à celle du fou, c'est à celle du pupille qu'on doit la comparer : tel est le point de vue auquel on se place communément. L'assimilation des prodigues et des fous ne serait qu'une remarque de moraliste; juridiquement elle n'aurait aucun intérêt, et certains auteurs, des plus considérables, se bornent à la critiquer (1).

C'est là un procédé d'interprétation qui me semble tout à fait inacceptable. Il n'est pas possible d'écarter ainsi, sous prétexte d'inexactitude, la pensée des jurisconsultes romains; il s'agit de la comprendre, et de lui faire, dans la théorie qu'ils ont édifiée et que nous devons fidèlement

(1) Savigny, *Système*, trad. Guenoux, III, p. 88-89; Machelard, *Oblig. natur.*, p. 267-269; Massol, *Oblig. natur.*, p. 159; Accarias, *Précis*, I, 4e éd., p. 442, n. 2 : « On a assez justement comparé le prodigue au pupille... Par cela même, on se trompe quand on le compare d'une manière absolue au fou; » et M. Accarias cite, comme se trompant ainsi, Pomponius, D. L, 17, *De reg. jur.*, 40. Ailleurs (*Précis*, II, 4e éd., p. 638, n. 2), le même auteur cite deux textes d'Ulpien, D. XLV, 1, *De verb. obl.*, 6, et XLVI, 1, *De fidejuss.*, 25, et déclare « qu'ils ont évidemment tort de placer sur la même ligne l'obligation du prodigue interdit et celle du fou. » Autant de textes, autant d'erreurs dont les Prudents sont convaincus! — Kuntze, *Cursus des röm. R.*, § 419, p. 272 : « Die häufige Zusammenstellung mit dem *furiosus* est mehr in sittlichen (*insani mores*) als juristischen Sinne gemeint. » — Rivier, *Droit de famille romain*, p. 370, n. 2.

reconstruire, la place qui en réalité lui appartient. Or la comparaison de la prodigalité et de la folie est trop fréquemment reproduite, elle est trop nettement présentée comme la raison des solutions données en matière d'interdiction, pour qu'on puisse prétendre qu'elle n'avait, en droit, aucune portée.

II. La valeur juridique de cette idée ressort d'un grand nombre de textes que nous allons parcourir. Nous y verrons que, pour régler la condition du prodigue, les jurisconsultes remontent constamment à l'analogie de la prodigalité avec la folie, comme au principe qui, en cette matière, dicte leurs décisions.

C'est sur ce principe qu'ils fondent l'institution même de la curatelle du prodigue. Si les prodigues doivent recevoir des curateurs, nous dit Antonin le Pieux, c'est qu'ils sont, en ce qui concerne l'administration de leurs biens, de véritables insensés (1).

Ulpien n'est pas moins formel, dans le texte fondamental que nous avons traduit (2). L'expression qu'il emploie est des plus significatives. Le préteur, dit-il, met les prodigues en curatelle *exemplo furiosi;* autrement dit, il les tient pour fous, et c'est pourquoi il leur applique le régime institué pour la protection du fou. La curatelle qu'il organise pour eux n'est pas une institution originale ; ce n'est qu'une imitation, une copie de la curatelle du fou, une *cura exemplo furiosi.*

De là résulte que cette curatelle doit, en principe, être

(1) D. XXVI, 5, *De tut. et cur. dat.*, 12 § 2. *Suprà*, p. 130, n. 4.
(2) D. XXVII, 10, *De cur. fur.*, 1. *Suprà*, p. 148.

soumise aux mêmes règles que celles du fou, et ce n'est pas nous qui tirons cette conséquence, c'est Ulpien lui-même. A l'idée qu'il vient d'exprimer, il rattache en effet deux corollaires.

D'abord il décide que, dans le cas de prodigalité comme dans le cas de folie, les pouvoirs du curateur prennent fin par le retour du fou à la raison ou du prodigue à un genre de vie raisonnable. Nous verrons plus tard à quelles difficultés cette proposition a donné lieu, et sous quels prétextes beaucoup d'auteurs ont refusé d'admettre que le prodigue pût, par un simple changement de conduite et sans l'intervention du magistrat, recouvrer la capacité. A mon avis, aucune hésitation n'est possible. Le jurisconsulte applique certainement la même règle aux deux curatelles; il reconnaît donc que l'amélioration des mœurs de l'interdit suffit, comme la guérison du fou, à faire cesser l'incapacité. Il y a là une éclatante confirmation de cette idée que la curatelle du prodigue est créée à l'imitation de celle du fou.

Ulpien pose ensuite la question de savoir si un prodigue peut recevoir pour curateur son propre fils, et il se contente, il est vrai, de la poser, mais de manière à ne laisser aucun doute sur la solution qu'on doit admettre. Il commence par rappeler une doctrine ancienne, qui ne permettait pas au fils d'être curateur de son père interdit; puis il ajoute que, dans le cas de folie du père, un rescrit d'Antonin le Pieux veut que le fils soit appelé à la curatelle : d'où il faut conclure que, si le père était interdit, la même solution devrait être donnée. Cette solution n'est pas formellement exprimée, et elle n'avait pas besoin de l'être; elle résulte naturellement, logiquement, comme la décision précédente, du

principe d'après lequel la curatelle du prodigue est une extension de la curatelle du fou.

Un raisonnement identique à celui qui a dicté ces deux décisions se trouve dans un fragment de Tryphoninus.

> Tryphoninus, 13, *disputat.* : D. XVII, 10, *De curat. fur.*, 16. Si furioso puberi quanquam majori annorum viginti quinque curatorem pater testamento dederit, eum prætor dare debet secutus patris voluntatem : manet enim ea datio curatoris apud prætorem, ut rescripto divi Marci continetur. § 1. His consequens est, ut et si prodigo curatorem dederit pater, voluntatem ejus sequi debeat prætor eumque dare curatorem...

Le jurisconsulte rappelle d'abord un rescrit de Marc-Aurèle, portant que, si un testateur a nommé un curateur à son fils, atteint de folie, cette nomination devra être confirmée par le magistrat, et il ajoute : il faut conclure de là que, si le testateur a nommé un curateur à son fils prodigue, cette nomination devra de même être confirmée. C'est une conséquence logique : *his consequens est*... Du moment qu'une règle de droit a été édictée pour la curatelle du fou, elle est applicable à la curatelle du prodigue.

Voici un autre texte, non moins probant :

> Ulpien, 1, *ad Sabinum* : D. XLV, 1, *De verb. oblig.*, 6. Is cui bonis interdictum est, stipulando sibi adquirit, tradere vero non potest vel promittendo obligari : et ideo nec fidejussor pro eo intervenire potest, sicut nec pro furioso.

Ulpien nous dit que, si le prodigue interdit fait une promesse, il ne s'oblige pas, et que même un fidéjusseur ne pourrait pas intervenir pour lui. Pourquoi? Pour la même raison qui empêche de garantir la promesse que ferait un

fou : *sicut nec pro furioso*. Le prodigue est donc aussi complètement incapable que le fou, du moins en tant qu'il s'agit pour lui de s'obliger par un contrat. On s'appuie avec raison sur ce texte pour soutenir qu'il ne peut pas contracter d'obligations même naturelles : c'est un point que nous établirons plus tard, et sur lequel nous verrons que la doctrine généralement admise est en défaut.

Il faut enfin, et surtout, citer ce célèbre fragment de Pomponius :

> POMPONIUS, 34, *ad Sabinum* : D. L, 17, *De reg. juris*, 40. Furiosi vel ejus cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est.

Cette proposition, *furiosi vel ejus, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est,* a été particulièrement attaquée; on l'a taxée d'exagération, d'inexactitude. Les rédacteurs du Digeste en ont fait une *regula juris;* mais on s'est efforcé de démontrer qu'elle n'avait pas, dans la pensée du jurisconsulte, le sens que paraissent lui avoir donné les compilateurs en l'isolant.

Il est certain qu'elle comporte une très importante restriction : le prodigue demeure libre d'accomplir les actes qui tendent à rendre la condition meilleure; on ne peut donc pas dire qu'à cet égard il soit, comme le fou, dépourvu de volonté. Mais, en ce qui concerne les actes dont l'effet est de rendre la condition pire, je ne vois pas pourquoi la proposition de Pomponius serait tenue pour suspecte. Elle signifie que le prodigue est considéré, du moins en tant qu'il veut amoindrir son patrimoine, comme ne jouissant pas de son bon sens, et que par conséquent son incapacité tient, comme celle du fou, à l'absence de

volonté raisonnable ; d'où résulte qu'il est, dans cette mesure, aussi incapable que le fou lui-même. Je n'hésite pas à reconnaître que les deux incapacités sont de même nature, et j'en conclurai notamment que le prodigue ne peut pas plus que le fou agir avec le consentement de son curateur. Nous verrons plus tard que cette conclusion est effectivement consacrée par l'ensemble des textes.

On a prétendu enlever toute portée au fragment de Pomponius, en le rapprochant d'un autre fragment, emprunté au même ouvrage du même jurisconsulte, le livre 34 *ad Sabinum*, et contenant une décision toute spéciale, relative aux travaux exécutés par un voisin, qui pouvaient donner lieu à l'exercice de l'*actio pluviæ arcendæ*. Si on a souffert, sans s'y opposer, que ces travaux fussent exécutés, on ne pourra pas, dit Pomponius, intenter l'action, à moins toutefois qu'on ne justifie d'une cause d'erreur : *Si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit : nulla enim voluntas errantis est* (1). Le jurisconsulte réservait aussi, dit-on, le droit d'agir à celui qui, étant interdit ou fou, ne s'était pas opposé à l'exécution des travaux, et il ajoutait : *Furiosi vel ejus cui bonis interdictum sit,* NULLA VOLUNTAS EST. C'est cette dernière proposition, d'un sens très restreint, qui, maladroitement détachée du texte et transportée au titre *De regulis juris*, y aurait pris les proportions d'un principe général de droit.

(1) POMPONIUS, 14, *ad Quintum Mucium :* D. XXXIX, 3, *De aq. et aq. pluv. arc.*, 19. *Labeo ait, si patiente vicino opus faciam, ex quo ei aqua pluvia noceat, non teneri me actione aquæ pluviæ arcendæ. Idem,* 34, *ad Sabinum :* 20, Dig., *eod. tit. Sed hoc ita, si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit, nulla enim voluntas errantis est.* V. BURCKHARD, *Die actio aquæ pluviæ arcendæ*, p. 311 et s.

Telle est l'hypothèse qu'a proposée Godefroy, et qu'ont admise après lui beaucoup d'auteurs (1). Elle n'est nullement démontrée. Sans doute la loi 20, *De aq. et aq. pluv.*, est extraite du même ouvrage de Pomponius que notre loi 40, *De regulis juris;* mais il faut remarquer que la loi 19, qui donne à la loi 20 sa signification précise, est tirée d'un autre livre, *ad Quintum Mucium;* aussi n'est-on pas exactement fixé sur le sens que pouvait avoir, dans la pensée du jurisconsulte, le fragment qui est devenu la loi 20. On est parti de cette idée préconçue que l'incapacité du prodigue ne peut s'expliquer, comme celle du fou, par l'absence de volonté, et on a été ainsi conduit à voir, dans la règle de droit attribuée à Pomponius, une généralisation téméraire qui serait, en réalité, imputable à Tribonien. Comme nous partons d'un principe tout contraire, nous n'avons aucune raison de contester le sens du texte; nous y relevons, sans surprise, la formule la plus large d'une idée dont nous avons rencontré déjà maintes applications, et nous l'ajoutons à la série des témoignages que nous avons enregistrés.

Mais, en admettant même que, dans l'ouvrage de Pomponius, l'assimilation de la prodigalité à la folie ne fût énoncée qu'à propos d'une hypothèse toute spéciale, à l'occasion de l'*actio pluviæ arcendæ,* on n'en pourrait rien conclure contre la portée que, sur la foi des textes, nous attribuons à cette assimilation. Il s'agit, suivant nous, d'un

(1) J. Godefroy, *Comment. in tit. de regulis juris, ad* l. 40. Glück, *Pandect.*, XXXIII, p. 253. Rudorff, *Vormundsch.*, I, p. 140, n. 52. Savigny, *Système,* trad. Guenoux, III, p. 89. Lenel, *Palingenesia juris,* II, p. 146. Arndts, *Pandect.*, § 59, n. 5. — M. Ubbelohde ne paraît pas admettre comme démontrée la conjecture de Godefroy : *Grünhut's Zeitschrift*, IV, p. 690.

principe général; si on veut restreindre la proposition de Pomponius à un cas particulier, il en résulte simplement qu'elle offrait une application de ce principe; et ce qui demeure incontestable, c'est que les rédacteurs du Digeste ont cru pouvoir, en la séparant de l'hypothèse à laquelle on prétend qu'elle se rattachait, l'ériger en règle de droit. En cela, ils n'ont rien fait, croyons-nous, qui ne fût conforme à la doctrine des anciens jurisconsultes, et on ne saurait ici leur adresser ce reproche de généralisation téméraire qu'ils ont, à la vérité, plus d'une fois encouru dans la composition du titre *De regulis juris*. La formule empruntée à Pomponius est trop en harmonie avec l'ensemble des textes pour qu'on puisse refuser d'y voir l'expression du droit classique (1).

Il convient d'ajouter aux décisions que nous venons de passer en revue, les nombreux passages où la mention du prodigue interdit accompagne celle du fou (2). La fréquence

(1) M. Voigt reconnaît qu'il y a dans la proposition de Pomponius plus de vérité qu'on ne le pense généralement, mais seulement si on envisage le très ancien droit romain. « Die obige Darstellung ergiebt dass... die Parömie *furiosi vel ejus cui bonis interdictum sit nulla voluntas est*, für die ältere zeit in der That weit mehr Wahrheit enthält, als man ihr einzuräumen gemeinhin geneigt ist ». Voigt, *Jus naturale*, IV, p. 125, n. 37. Je prendrai absolument le contrepied de cette opinion. L'assimilation de la prodigalité à la folie me paraît être, pour des raisons que j'exposerai bientôt, un principe du droit nouveau, et quand je déterminerai les effets de l'ancienne interdiction, je tâcherai d'établir contre M. Voigt, qu'ils n'avaient pas le caractère rigoureux que l'éminent auteur leur a prêté.

(2) Gaius, D. II, 14, *De pact.*, 28 § 1 : *Si curator furiosi aut prodigi pactus sit...*; D. XXVII, 10, *De cur. fur.*, 13 : *Sæpe ad alium e lege XII tabularum curatio furiosi aut prodigi pertinet.* — Ulpien, D. XXIII, 3, *De jure dot.*, 5 § 3 : *Sed et si curator furiosi vel prodigi...* D. XXVII, 4, *De contr. tut.*, 1 § 2 : *Sed et si curator sit vel pupilli, vel adolescentis*,

de ce rapprochement est remarquable. A elle seule, sans doute, elle ne suffirait pas à révéler l'importance du rôle qu'a joué, dans la formation de la théorie de l'interdiction, l'analogie de la prodigalité avec la folie ; mais elle complète, d'une manière très démonstrative, l'impression qui résulte des décisions expressément fondées sur cette analogie. On voit qu'il s'agit d'un principe que les jurisconsultes avaient toujours présent à l'esprit, lorsqu'ils déterminaient la condition des prodigues.

III. Ce n'est pas seulement dans le Digeste que les prodigues sont représentés comme atteints d'une sorte de folie. On pourrait, dans maints ouvrages étrangers au droit, notamment dans les Satires d'Horace (1) ou de Juvénal (2),

vel furiosi, vel prodigi... D. XXVII, 9, *De reb. eor. qui sub. tut.*, 11 : *Si furiosi vel prodigi... curatores velint distrahere.* D. XLII, 4, *Quibus ex caus. in possess.*, 7 §§ 11, 12 : *Idemque et in prodigo...* D. XLII, 5, *De reb. auctor. judic.*, 19 § 1, 22 pr. : *Æquissimum erit ceteros (ceteris?) quoque quibus curatores quasi debilibus vel prodigis dantur, idem privilegium competere.* D. XLVI, 1, *De fidej. et mand.*, 25 : *si quis pro pupillo,... prodigove vel furioso fidejusserit.* D. XLVI, 6, *rem pupilli*, 4 § 8 : *pertinet... hæc stipulatio ad omnes curatores, sive puberibus sive impuberibus datos, propter ætatis infirmitatem, sive prodigis vel furiosis.* — PAUL, D. XXVII, 10, *De cur. fur.*, 15 § 1 : *in bonis curatoris privilegium furiosi furiosæve servatur. Prodigus, et omnes omnimodo...* — HERMOGENIEN, D. XXVI, 7, *De admin. et peric.*, 48 : *inter bonorum ventrisque curatorem et inter curatorem furiosi itemque prodigi pupillive magna est differentia.* D. L, 4, *De muner. et honor.*, 1 § 4 : *Cura adulti, furiosive, item prodigi, muti, etiam ventri...* — INST. JUST., II, 12, *Quib. non est permiss.*, § 2 : *item prodigus...*

(1) HORACE, *Sat.*, II, 3. V. surtout les vers 224-246 :

Nunc age luxuriam et Nomentanum arrige mecum.
Vincit enim stultos ratio insanire nepotes, etc.

(2) JUVÉNAL, *Sat.*, XI.

relever de nombreux passages où la théorie de la jurisprudence semble confirmée. Je ne le ferai pas cependant. On doit préférer, en fait d'arguments, la solidité au nombre, et les citations qu'il serait facile d'accumuler ici, n'auraient qu'une valeur discutable. Par exemple, lorsque Horace nous dit :

> *Vincit enim stultos ratio insanire nepotes;*
> Les prodigues sont fous, la raison le démontre ;

on peut croire que ce n'est pas un principe de droit, mais une vérité de sens commun qu'il exprime.

Il faut consulter cependant les Controverses de Sénèque l'ancien et les Déclarations de Quintilien ; ce sont des discours d'école, mais qui portent sur des procès simulés, et où se trouvent certains renseignements d'ordre juridique[1]. Nous verrons s'y révéler, sous un jour vraiment pratique, la comparaison familière aux jurisconsultes.

On remarque, dans ces deux recueils d'exercices ora-

(1) Il est vrai que cette source n'est pas absolument pure. Les thèses juridiques développées dans les recueils de Sénèque et de Quintilien sont en partie empruntées aux rhéteurs grecs, et on peut les suspecter de refléter plutôt le droit étranger que le droit de Rome. Sénèque l'ancien est particulièrement sujet à caution. Dirksen, *Hinterlassene Schriften*, I, p. 260, n. 41, p. 261, n. 45 (*über die durch griechische und lateinische Rhetoren angewendete Methode der Auswahl und Benutzung von Beispielen römisch-rechtlichen Inhalts*). J'estime pourtant qu'ici tout soupçon de ce genre doit être écarté. Les textes que nous allons citer s'accordent trop bien avec le principe formulé par les Prudents, pour qu'on soit tenté de révoquer en doute leur témoignage. D'ailleurs, nous verrons qu'en cette matière le droit grec et le droit romain consacraient le même principe, et je proposerai d'admettre que Rome a emprunté à la Grèce l'idée d'une interdiction fondée sur la comparaison de la prodigalité avec la folie. *Infrà*, p. 190 et s.

toires, un sujet fréquemment traité : c'est le débat soulevé par la demande d'un fils qui veut faire mettre son père en curatelle, comme fou. Il s'agit de l'*actio dementiæ*, la seule, nous dit Quintilien, qui puisse être dirigée par un fils contre son père : *adversus patrem ne qua sit actio nisi dementiæ* (1). Or, qu'on lise les développements de rhétorique dont ce genre de sujet forme le thème; on y constatera que l'accusation de démence et celle de prodigalité y sont singulièrement mélangées, et que sous le nom d'*actio dementiæ*, se cache souvent une véritable demande d'interdiction dirigée contre un père prodigue. Cette remarque a été déjà faite au point de vue de la langue (2); elle fournit à la thèse que je défends un argument très solide.

Dans l'une des Déclamations de Quintilien (3), un père, poursuivi par l'*actio dementiæ*, s'efforce de prouver qu'il n'y a aucune raison de lui donner un curateur; il énumère les causes sur lesquelles une accusation de ce genre pourrait être fondée. Or, parmi elles, à côté de faits qui dénotent réellement la folie, il cite précisément les actes de dilapidation, les désordres par lesquels la prodigalité se manifeste : *dissipata luxuria bona et aliena ætati vitia.*

L'une des Controverses de Sénèque l'ancien (4) est particulièrement probante : c'est celle où l'on voit en scène un

(1) Quintil., *Declam.*, 346 ; *Inst. orat.*, XI, 1, 65. — On lit aussi dans Sénèque, *Controv.*, II, 11, *divisio :... dementiæ non posse agi nisi cum eo qui morbo furerit : in hoc enim latam esse legem ut pater a filio sanari deberet, non ut regi.*

(2) Voir le *Dictionnaire latin* de Forcellini, v° *Dementia :* Dementia speciatim dicitur de iis qui rem seu publicam seu familiarem male administrant ac perdunt.

(3) Quintil., *Declam.*, 367.

(4) Sénèque, *Controv.*, II, 14, et *excerpta e controversiis*, II, 6.

père prodigue, qui s'est laissé entraîner dans une vie de débauches par le mauvais exemple que lui a donné son propre fils. Celui-ci n'entend pas que son père se conduise aussi mal que lui-même, et il veut le faire mettre en curatelle. *Quidam luxuriante filio luxuriari cœpit. Accusatur a filio dementiæ.* En réalité, le seul grief du fils, c'est la *luxuria*, c'est-à-dire la prodigalité du père; les discours prononcés pour ou contre la nomination d'un curateur ne permettent pas d'en douter, et pourtant c'est l'*actio dementiæ* qui est intentée.

Mais il y a plus. Le père prodigue, qui a eu le tort de prendre son fils pour modèle, soutient qu'un enfant peut bien faire mettre son père en curatelle comme malade, comme fou, mais non comme prodigue (1). Cette thèse est conforme à ce que nous dit Quintilien : *adversus patrem ne qua sit actio, nisi dementiæ.* Pourtant il est certain qu'un fils pouvait solliciter, en cas de prodigalité du père, la nomination d'un curateur; plusieurs textes le démontrent (2). Comment concilier ces données contradictoires? Je ne vois qu'un moyen de le faire : c'est de recourir à l'idée d'une assimilation de la prodigalité avec la folie. Un ancien principe, dirons-nous, s'opposait à ce que l'enfant

(1) *L. c. : minime solere patri objici luxuriam, non magis quam avaritiam, quam iracundiam. Non vitia patris accusari solere, sed morbum; et si possit aliquid præter dementiam objici patri, luxuria non possit.*

(2) Quintilien, *Instit. orat.*, XI, 1. Valère Maxime, VIII, 6. Nous lisons, dans le passage de Valère Maxime, qu'un certain Licinius fut interdit comme prodigue sur la demande de son fils. — Dans les textes de Justinien, il n'y a plus rien qui rappelle qu'anciennement le droit de faire prononcer l'interdiction du père ait été donné à l'enfant. Gordien, C. J., V, 70, *De cur. fur.*, 3. — Rudorff, *Vormundschaft*, I, p. 417.

réclamât l'interdiction de son père, et le rhéteur chargé du rôle du père essaye d'en tirer argument; mais ce principe était éludé dans la pratique, grâce à l'emploi de l'*actio dementiæ :* pour obtenir l'interdiction, le fils présentait son père comme fou, et demandait la nomination d'un curateur.

Dans un passage de l'Institution oratoire (1), Quintilien parle des ménagements dont il convient d'entourer certaines demandes qui ont par elles-mêmes quelque chose de choquant, et à ce sujet il conseille au fils, réclamant pour son père la nomination d'un curateur, de gémir sur l'état de maladie qui rend cette mesure nécessaire. *Qui curationem bonorum patris postulabit, doleat ejus valetudine.* La demande dont il s'agit ici a-t-elle pour cause la folie? Quintilien ne le dit pas, et j'incline plutôt à croire qu'il prévoit le cas, particulièrement délicat, d'un père prodigue à qui son propre fils veut faire nommer un curateur. Si ce passage doit être ainsi entendu, il contient une allusion au procédé que, suivant nous, on employait en pareille circonstance, pour obtenir, sous prétexte de folie, la nomination d'un curateur.

IV. Les nombreux témoignages que nous avons rassemblés sont tout à fait concluants, et je ne vois pas comment l'autorité en pourrait être contestée. Pourtant, l'opinion générale n'en tient nul compte. Elle leur oppose un texte unique, un fragment d'Ulpien, où le prodigue est rapproché du pupille, et qui seul exprimerait le véritable principe admis, en matière d'interdiction, par la jurisprudence romaine.

1) Quintilien, *Inst. orat.*, XI, 1.

ULPIEN, 26, *ad edictum* : D. XII, 1, *De rebus creditis*, 9 § 7. Sed et si ei numeravero, cui postea bonis interdictum est, mox ab eo stipuler, puto pupillo eum comparandum, quoniam et stipulando sibi adquirit (1).

« Je pense, dit le jurisconsulte, que le prodigue doit être comparé au pupille, puisqu'il peut, comme lui, devenir créancier en stipulant. » Voilà, dit-on, le seul rapprochement qui soit véritablement exact. C'est au pupille et non au fou que ressemble le prodigue interdit. Le fou est absolument incapable de faire aucun acte. Le pupille, au contraire, a une certaine capacité ; sorti de l'*infantia*, il peut faire les actes qui rendent sa condition meilleure ; devenu *pubertati proximus*, il peut s'obliger par ses délits. Or, le prodigue peut, lui aussi, faire les actes qui rendent la condition meilleure ; il s'oblige, lui aussi, par ses délits.

Que ces décisions soient exactes, je ne songe évidemment pas à le contester. Mais est-il permis d'en conclure que, pour régler la condition du prodigue, les jurisconsultes aient pris pour modèle l'incapacité du pupille, et non celle du fou ? Je ne le crois pas.

(1) Je ne connais qu'un autre texte, D. XLVI, 1, *De fidej. et mand.*, 25, où le prodigue soit rapproché du pupille ; encore y figurent-ils l'un et l'autre à côté du fou, et il est très difficile d'expliquer que la solution de cette loi puisse convenir à ces trois sortes d'incapables : nous reviendrons plus tard sur ce texte, et nous verrons qu'il a été vraisemblablement altéré par les compilateurs. — On pourrait encore, pour ne rien omettre, relever ce passage de DION CASSIUS, LVII, 23 : Βουλευτῇ τινὶ ἀσελγῶς ζῶντι ἐπίτροπον, ὥσπερ τινὶ ὀρφανῷ, προσέταξε. Il s'agit d'un sénateur qui menait une vie désordonnée et à qui on a donné un tuteur, comme à un pupille : ἐπίτροπον ὥσπερ τινὶ ὀρφανῷ. Sous la plume de l'historien, cette comparaison n'a évidemment aucune portée juridique précise, et on ne peut en tirer un argument.

Si le texte sur lequel on s'appuie devait être ainsi compris, il serait en contradiction avec d'autres textes très nombreux, très décisifs (1), et la raison de cette antinomie ne serait pas facile à trouver. On n'en fournit d'ailleurs aucune. On invoque l'autorité d'Ulpien pour montrer qu'en principe le prodigue est comparable au pupille; or, nous avons vu le même Ulpien assimiler catégoriquement l'incapacité du prodigue à celle du fou. Se donnerait-il donc à lui-même un démenti? Il y a là une difficulté qu'on ne résoud pas, et qui ne peut pas être résolue dans la doctrine courante. On se contente de faire abstraction de tous les textes où est exprimée l'idée d'une assimilation de la prodigalité avec la folie. Je crois, au contraire, qu'ils renferment la véritable théorie de la jurisprudence, et je montrerai qu'en réalité le fragment d'Ulpien qu'on leur oppose ne les contredit en rien.

Comment soutenir, dit-on, que la capacité du prodigue est semblable à celle du fou, alors que le prodigue est capable d'acquérir, de devenir créancier, de s'obliger par ses délits? Telle est la raison capitale qui a conduit les interprètes à refuser d'admettre l'exactitude du point de vue auquel il est pourtant incontestable que les jurisconsultes romains se sont placés.

Cette raison n'est que spécieuse. On conçoit parfaitement

(1) Nous avons cité les plus importants de ces textes, et nous les retrouverons, lorsque nous étudierons les effets de l'interdiction. Signalons particulièrement ceux d'où il résulte que le prodigue interdit est, comme le fou, incapable de contracter des obligations même naturelles, et ne peut pas plus que le fou faire avec le consentement de son curateur les actes qu'il est incapable de faire seul. Il est bien évident que, si la condition de l'interdit était réglée sur celle du pupille, il faudrait donner, sur ces deux points, une solution contraire.

que la jurisprudence ait comparé le prodigue à un fou, qu'elle ait fondé son incapacité sur cette appréciation de son état mental, tout en lui conférant le droit de faire certains actes. Si la prodigalité est une sorte de folie, elle n'implique pourtant pas la perte totale des facultés et les Prudents n'y ont vu qu'une lésion partielle de l'intelligence et de la volonté ; aussi ont-ils pensé que l'incapacité du prodigue devait, comme sa folie, être limitée.

D'abord, on comprend très bien que, tout en considérant le prodigue comme un fou, ils lui aient permis de rendre sa condition meilleure. C'est seulement par les actes tendant à la diminution du patrimoine que se manifeste l'instinct déraisonnable qui porte à dépenser sans mesure ; ce sont seulement ces actes que le prodigue doit être incapable d'accomplir. Il n'y a aucun motif de le réputer fou, lorsqu'il accroît sa fortune, et, à ce point de vue, sa capacité doit rester entière.

Quant aux délits qu'il peut commettre, on ne saurait poser en principe qu'ils ont pour cause ce besoin de dépenser qui, poussé à un certain degré, devient une sorte de folie. Il peut se faire à la vérité qu'ils en soient la conséquence, plus ou moins directe; mais la jurisprudence n'a pas voulu les y rattacher; elle n'a pas voulu que leur auteur pût, en s'abritant derrière une fiction de folie, échapper de ce chef à toute responsabilité. On comprend qu'elle ne l'ait pas protégé contre les conséquences de tels actes, comme elle le protégeait contre l'effet d'une aliénation ou d'un contrat. Il n'eût pas été équitable d'enlever à la victime du délit tout droit à une réparation. En pareil cas, l'intérêt des tiers est évidemment plus digne d'être pris en considération que lorsqu'il s'agit de personnes qui

ont volontairement traité avec un incapable. Ces raisons suffisent à nous expliquer que le prodigue soit réputé fou, lorsqu'il fait une promesse ou un acte d'aliénation, et sain d'esprit lorsqu'il commet un délit.

Au reste, il est permis de croire qu'à l'origine il n'y avait, relativement aux obligations qui pouvaient résulter d'un délit, aucune différence entre les prodigues et les fous. On admettait que les fous eux-mêmes s'obligeaient par leurs délits. C'est là une ancienne doctrine, dont on trouve encore quelque vestige dans les écrits des jurisconsultes classiques. Elle fut abandonnée, dans le cas de folie; mais on continua, pour les raisons que nous avons indiquées, d'en faire l'application aux prodigues (1).

Ainsi, pour rendre compte de la demi-capacité que l'interdiction laisse subsister, il n'est nullement nécessaire de recourir à cette hypothèse, démentie par une foule de témoignages, que la condition de l'interdit aurait été réglée d'après les mêmes principes que celle du pupille. On peut et on doit s'en tenir à la fiction de folie sur laquelle les jurisconsultes sont unanimes à faire reposer l'incapacité du prodigue : le caractère relatif de cette fiction suffit à tout expliquer (2).

(1) Ulpien, 18, *Ad edict.* : D. IX, 2, *Ad leg. aquil.*, 5 § 2. Dans ce texte, Ulpien présente, comme ayant été discutée par les Prudents, la question de savoir si le fou qui commettait le délit prévu par la loi Aquilia était responsable. *Et ideo quærimus si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliæ actio sit. Et Pegasus negavit : quæ enim in eo culpa sit, cum suæ mentis non sit? Et hoc est verissimum.* Cf. Modestin, D. XLVIII, 9, *de lege Pomp.*, 9 § 2 (v. *suprà*, p. 41, n. 2). — V. Pernice, *Labeo*, I, p. 238, 239. Ihering, *De la faute en droit privé*, trad. Meulenaere.

(2) Je ne donne, on le voit, à l'assimilation qui fut admise entre la

L'idée d'une folie partielle, limitée à certains actes, n'a rien en soi que de très rationnel; mais peut-être contestera-t-on qu'elle soit vraiment romaine. Peut-être soutiendrat-on qu'elle ne s'accorde pas avec les principes qui régissaient, en droit romain, l'incapacité du fou.

Ce serait bien à tort. On sait que, lorsque la folie comporte des intervalles lucides, le fou perd la capacité ou la recouvre, suivant les fluctuations de son intelligence. Le prodigue assimilé au fou est dans une situation tout à fait semblable. Il est sous l'empire de la folie, toutes les fois qu'il s'agit d'actes auxquels son penchant l'entraîne; mais, en toute autre circonstance, il jouit de la plénitude de sa raison : qu'on ne s'étonne donc pas qu'il soit, comme le *furiosus* lui-même, tantôt capable et tantôt incapable.

C'est surtout avec le *demens* qu'il doit être comparé, et la définition que nous avons donnée de la *dementia* nous fait comprendre que la jurisprudence ait considéré la prodigalité comme une sorte de folie. Le *demens* est un monomane; sa folie et par suite son incapacité se limitent à certains objets. Le prodigue aussi est un monomane; sa folie consiste uniquement à dépenser toujours, à dépenser sans mesure, et c'est pourquoi, à raison du genre d'aliénation mentale dont il est réputé atteint, on peut déterminer

prodigalité et la folie, qu'une portée *toute relative*. On me permettra d'insister, car il me semble que je n'ai pas assez clairement exprimé ma pensée dans l'article de Revue qui a précédé la publication de ce volume. Voici en effet ce que je lis dans le *Précis du droit de famille romain* (p. 370, n. 2), où M. Alphonse Rivier m'a fait l'honneur de me citer. « Malgré l'avis différent de M. Audibert, je ne pense pas, dit l'éminent professeur de Bruxelles, qu'il faille considérer l'assimilation du prodigue au *furiosus* comme *absolue* et *universelle*. » Je ne le pense pas davantage, et sur ce point nous ne différons pas d'avis.

d'avance les actes pour lesquels il est en état de demence et ceux pour lesquels il est au contraire sain d'esprit.

Le caractère purement relatif de la folie du prodigue n'a donc rien qui ne soit d'accord avec les principes du droit, et il est très formellement exprimé dans un rescrit d'Antonin le Pieux, déjà cité (1). L'Empereur représente les prodigues comme des fous, mais seulement pour ce qui concerne leur patrimoine : *Quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum.* On croirait, à les entendre discourir, qu'ils jouissent de leur bon sens : *mentis suæ videbuntur ex sermonibus compotes esse ;* et en effet ils n'ont d'autre folie que celle qui les porte à se ruiner. On le voit : d'après l'auteur du rescrit, la folie du prodigue est une folie toute relative.

C'est ce même caractère que lui reconnaissent très manifestement les jurisconsultes, dans maints passages où nous les voyons, tout à la fois, comparer les prodigues à des fous, et restreindre leur incapacité à certains actes. Il est à remarquer en effet que la comparaison de la prodigalité avec la folie se rencontre même dans les textes où est énoncée la distinction des actes que le prodigue peut accomplir et de ceux qui lui sont interdits. Reportons-nous en particulier au Digeste, XLV, 1, *De verb. oblig.*, 6 : dans ce fragment, cité plus haut (p. 158), nous lisons que le prodigue peut acquérir et devenir créancier, mais non s'obliger par contrat, et qu'on ne peut pas se porter fidéjusseur pour lui, *sicut nec pro furioso.* Cela revient à dire que le prodigue est traité comme un fou, mais seulement quand

(1) Ulpien, D. XXVI, 5, *De tut. et cur. dat.*, 12 § 2. *Suprà*, p. 130, n. 4.

il veut s'obliger : d'où résulte que toute fiction de folie disparaît quand il s'agit de réaliser une acquisition. Or telle est précisément, suivant nous, l'idée qui a servi de base à la théorie de la jurisprudence.

Quant au texte unique sur lequel on se fonde pour la combattre, il m'est facile maintenant de montrer qu'il ne la contredit en rien. Ulpien constate que le prodigue et le pupille peuvent, l'un aussi bien que l'autre, devenir créanciers en stipulant. C'est là une proposition parfaitement exacte, mais on lui donne une portée qu'elle n'a pas, lorsqu'on en conclut que, d'une manière générale, l'incapacité du prodigue et celle du pupille sont régies par les mêmes principes. Cette généralisation seule est contraire à la théorie que je soutiens; or elle a été imaginée par les interprètes, elle est absolument étrangère au texte. Ulpien se contente de relever un trait commun aux deux sortes d'incapables qu'il compare. C'est, de sa part, une remarque toute personnelle, et il a soin de la présenter comme telle : *puto pupillo eum comparandum.* Il ne fait pas la moindre allusion à un prétendu principe qui serait la négation de la doctrine qu'il a lui-même, avec beaucoup d'autres jurisconsultes, très formellement exprimée.

On peut citer un autre fragment d'Ulpien qui contient un rapprochement, non pas simplement entre le pupille et le prodigue, mais entre le pupille et le fou. Le jurisconsulte constate que pour la vente des biens d'un pupille ou pour la vente des biens d'un fou, on procède de même : *ita autem vendenda, ut quod supersit furioso detur, quia hominis ejus status et habitus a pupilli conditione non multum abhorreret, quod quidem non est sine ratione* (1).

(1) Ulpien, 59, *ad edict.* : D. XLII, 4, *quibus ex causis in possess.*, 7

Assurément, personne ne se fondera sur ce texte pour soutenir que, d'une manière générale, la condition juridique du fou était identique à celle du pupille. Eh bien! la comparaison que fait le même Ulpien entre le pupille et le prodigue, ne doit pas davantage être généralisée.

V. Nous venons de voir que l'assimilation de la prodigalité à la folie constituait, aux yeux des Prudents, un principe fondamental, une véritable règle de droit; mais quel est au juste le rôle qu'elle a joué dans l'histoire de l'interdiction romaine? C'est ce qu'il faut maintenant rechercher. Je me propose de montrer que ce principe n'était pas admis dans l'ancien droit, que la loi des Douze-Tables ne l'a pas connu, mais qu'il s'est introduit en même temps que le nouveau système d'interdiction, créé par la jurisprudence, et essentiellement uni à l'organisation de la curatelle dative.

On reconnaîtra tout d'abord que cette théorie se déduit logiquement des résultats auxquels nous sommes jusqu'à présent parvenus, si bien qu'elle pourrait, semble-t-il, se passer de toute autre démonstration. L'idée générale des deux systèmes d'interdiction, que nous avons puisée dans le décret traditionnel, comparé à la théorie du Digeste, suffit à nous permettre d'affirmer que l'assimilation de la prodigalité à la folie est restée étrangère au système de l'ancienne loi, et qu'elle appartient en propre à celui de la jurisprudence.

§ 11. — Les mots *quia hominis ejus status et habitus a pupilli conditione non abhorreret, quod quidem non est sine ratione*, sont-ils bien d'Ulpien? n'ont-ils pas été ajoutés par les compilateurs? Lenel ne fait, dans sa *Palingenesia*, aucune observation à ce sujet. Il me semble pourtant qu'on pourrait élever des doutes.

Rien, en effet, n'est plus dissemblable que l'interdiction dont les règles essentielles nous ont été révélées par les termes de l'ancien décret, et le régime d'incapacité organisé pour la protection du fou. Il suffit, pour nous en convaincre, de rappeler les points principaux que nous avons dégagés : un décret devait être rendu pour que le prodigue devînt incapable, et il ne pouvait l'être que si le prodigue dissipait les biens paternels; une fois prononcé, il avait des effets limités à ce genre de biens; enfin il emportait déchéance du *commercium*. On peut dire que, sur tous ces points, le fou n'offrait aucun trait de ressemblance avec l'interdit : il était incapable par cela seul qu'il était privé de raison, sans que le magistrat eût à prononcer contre lui aucune sentence; il devait recevoir des curateurs, sans qu'il y eût à rechercher s'il avait recueilli la succession paternelle; son incapacité n'était pas restreinte à certains biens; elle n'impliquait, à proprement parler, aucune déchéance du *commercium*, mais elle n'était autre chose que l'impossibilité d'agir qui résultait naturellement de l'absence de volonté. Entre la condition du fou et celle d'un prodigue atteint par le décret traditionnel d'interdiction, on n'aperçoit que des contrastes.

C'est dans le nouveau système d'interdiction que se manifeste la similitude de la prodigalité et de la folie. La condition du fou est restée la même, mais celle du prodigue s'en est rapprochée. Les différences essentielles qui séparaient ces deux sortes d'incapables, ont disparu. Il n'y a plus, à vrai dire, de décret d'interdiction; le magistrat constate seulement le fait de la prodigalité, et nomme un curateur. Il n'y a plus aucune distinction tirée de la provenance des biens; aucune déchéance du *commercium*

n'est plus encourue. L'interdit est incapable, comme le fou, parce qu'il n'a pas de volonté : *nulla voluntas est.*

Si l'on consent à caractériser, comme nous l'avons fait, les deux systèmes d'interdiction, on reconnaîtra sans hésiter que le second seul repose sur une assimilation entre la prodigalité et la folie. Mais cette démonstration ne paraîtra probante qu'à ceux qui seraient déjà convaincus ; les autres ne la jugeront pas suffisante, et je ne m'en contenterai pas non plus. L'origine que je propose d'assigner à la comparaison de la prodigalité avec la folie a d'autant plus besoin d'être solidement établie qu'elle s'écarte davantage de la doctrine générale.

La plupart des auteurs nient l'intérêt pratique de cette célèbre comparaison, et cependant l'avis commun est qu'elle date d'une époque très ancienne. On la fait volontiers remonter au temps primitif où fut instituée pour la première fois la curatelle du prodigue, ou tout au moins à la loi des Douze-Tables. De savants auteurs sont partis de cette hypothèse pour restituer le texte de l'ancienne loi. Nous avons vu les uns soutenir que la curatelle légitime du prodigue avait pour unique fondement le texte relatif à la curatelle du fou, et les autres reconnaître que la loi consacrait expressément les deux curatelles, mais par une seule disposition où le prodigue et le fou se trouvaient rapprochés (1). Parmi les auteurs qui ont accordé à la comparaison de la prodigalité et de la folie le plus de portée pratique, MM. Voigt (2) et Pernice (3) pensent qu'à l'origine elle a été

(1) *Suprà*, p. 82-84.
(2) Voigt, *Jus natur.*, IV, p. 125, n. 37.
(3) Pernice, *Labeo*, I, p. 237, 238.

le fondement de l'incapacité du prodigue, et que la jurisprudence tendit précisément à faire disparaître les conséquences trop rigoureuses d'une telle assimilation.

Ce sont là des conjectures dénuées de preuve. On ne peut citer aucun document qui établisse quelque rapport entre la comparaison de la prodigalité avec la folie et le droit ancien, et j'ai déjà montré, à propos de la loi des Douze-Tables, pourquoi les tentatives de restitution qui se sont inspirées de ce prétendu rapport ne sauraient être approuvées. Il est bien certain qu'elles ne fournissent contre nous aucun argument, et qu'on ne pourrait nous les opposer sans commettre une pétition de principe.

Ce qu'il faut consulter, ce n'est pas le texte problématique des Douze-Tables, ce sont les documents qui nous sont réellement parvenus; or, ces documents sont tout à fait décisifs.

VI. Le témoignage d'Ulpien, dans la célèbre loi, déjà traduite et commentée (1), est formel; il ne laisse place à aucun doute. *Sed solent hodie prætores vel præsides... curatorem ei dare exemplo furiosi.* Les curateurs donnés au prodigue *exemplo furiosi* sont ceux que nomment les préteurs ou les gouverneurs de province. Quant aux prodigues interdits par application de la loi, Ulpien a commencé par en parler, mais en se gardant de les comparer au *furiosus.* Il fait une antithèse très nette entre les deux catégories d'interdits, et n'applique l'idée d'une assimilation entre les prodigues et les fous qu'à ceux qui sont pourvus de curateurs par le magistrat.

(1) Ulpien, D. XXVII, 10, *De cur. jur.*, 1. — V. *suprà*, p. 148 et s.

Il tire de cette assimilation deux conséquences pratiques que nous avons déjà signalées ; or, on doit reconnaître, contrairement à l'opinion générale, qu'elles concernent exclusivement l'hypothèse d'une curatelle dative. D'après le texte même, elles ne sauraient avoir d'autre portée, et c'est arbitrairement, par une véritable erreur de traduction, qu'on a coutume de les généraliser. Examinons-les encore, en nous plaçant à ce point de vue, et nous verrons qu'en dehors même de l'irréfutable argument fondé sur le texte, il y a des raisons particulières d'affirmer qu'elles ne sont, ni l'une ni l'autre, applicables aux prodigues interdits par application de la loi des Douze-Tables.

De ce que les prodigues reçoivent, *exemplo furiosi,* des curateurs nommés par le magistrat, Ulpien conclut d'abord qu'ils cessent d'être en curatelle dès qu'ils reviennent à des mœurs régulières. Cette première décision vise expressément ceux que le préteur assimile à des fous et qu'il pourvoit de curateurs. Elle s'explique très bien en ce qui les concerne ; mais elle serait bien difficile à justifier, s'il fallait l'appliquer à ceux qu'un véritable décret d'interdiction a frappés. On ne comprendrait pas que l'effet de la défense solennellement prononcée par le magistrat (*ea re commercioque interdico*) pût disparaître sans qu'un nouveau décret eût été rendu en sens contraire. Cette raison a déterminé beaucoup d'auteurs à décider, d'une manière générale, que le magistrat devait intervenir pour mettre fin à la curatelle du prodigue. Elle nous oblige, il est vrai, à reconnaître qu'il en était ainsi pour les prodigues que le décret traditionnel avait atteints ; mais elle ne saurait en aucune façon nous permettre de révoquer en doute ce qu'Ulpien dit des prodigues soumis à la curatelle dative.

La seconde décision d'Ulpien concerne le fils du prodigue, appelé à la curatelle de son père. Or, la curatelle qu'elle prévoit est certainement dative. Il a été admis par Antonin le Pieux qu'un fou pourrait avoir pour curateur son propre fils, et ce rescrit a été étendu au prodigue par voie de conséquence; mais c'est seulement la curatelle dative que le principe nouveau permettait de déférer à l'enfant, il ne lui attribuait en aucun cas la curatelle légitime (1).

Nous avons rapproché de l'importante loi d'Ulpien, sur laquelle s'appuie principalement notre thèse, de nombreux textes, où l'analogie de la prodigalité et de la folie sert de base aux décisions des Prudents. Or il résulte de certains d'entre eux que ces décisions s'appliquent exclusivement à la curatelle dative.

Ainsi, le rescrit d'Antonin le Pieux (2) où les prodigues sont présentés comme des insensés que l'autorité sociale a le devoir de secourir, conclut de là qu'il faut leur choisir des curateurs : *eligendus itaque erit.* Ces mots font certainement allusion à un curateur nommé par le magistrat, et d'ailleurs le sens du rescrit est précisé par la place que lui ont donnée les rédacteurs du Digeste, sous cette rubrique : *de tutoribus et curatoribus datis ab his qui jus dandi habent.*

Il faut en dire autant de cet autre passage (3), où

(1) Ulpien, D. XXVI, 5, *De tut. et cur. dat.*, 12 § 1 ; D. XXVII, 10, *De cur. fur.*, 1 § 1. — Voyez mon article de la *Nouvelle Revue historique de droit*, 1891, p. 310-328 : *comment la curatelle légitime se transforma en curatelle dative ;* p. 318-319.

(2) Ulpien, D. XXVI, 5, *De tut. et cur. dat.*, 12 § 2. — V. *suprà*, p. 330, n. 4.

(3) Tryphoninus, D. XXVII, 10, *De cur. fur.*, 16. V. *suprà*, p. 158.

Tryphoninus cite un rescrit de Marc Aurèle, concernant le fou à qui son père a nommé un curateur par testament, et ordonnant au magistrat de confirmer cette nomination. On se rappelle que le jurisconsulte applique cette règle, par voie de conséquence, au cas où il s'agit d'un prodigue. Or, en pareille hypothèse, il s'agit incontestablement d'une curatelle dative : dans la théorie de la confirmation des tuteurs et curateurs désignés dans un testament, c'est un principe que ces tuteurs et curateurs tiennent leurs pouvoirs du magistrat (1).

Il reste un certain nombre de textes où le prodigue est comparé au fou et qui paraissent avoir une portée générale, par exemple au titre *De verborum obligat.,* la loi 6; au titre *De regulis juris,* la loi 40. Je ne conteste pas que, dans le droit du Digeste, ces textes ne soient applicables, sans distinction, à tous les prodigues interdits (2); mais il ne s'ensuit pas que, dans les ouvrages auxquels ils ont été empruntés, ils eussent une application aussi large, et je crois pouvoir démontrer qu'en réalité ils étaient étrangers à l'ancien système d'interdiction.

VII. Qu'on veuille bien observer la variété des expressions employées par les jurisconsultes pour désigner les prodigues interdits. La terminologie adoptée en cette matière n'a pas été assez remarquée. Elle va nous prouver que certains textes, auxquels on a coutume de donner une

(1) Accarias, *Précis*, I, 4e édit, p. 332 et s., p. 451, n. 1. — Voyez l'article déjà cité de la *Nouvelle Revue historique*, 1891, p. 317.

(2) Je crois d'ailleurs qu'à cette époque il n'y a plus que des prodigues mis en curatelle par le magistrat. — Voy. *Nouvelle Revue historique*, 1891, p. 310-328.

portée générale, visent seulement certaines catégories d'interdits.

Dans divers passages, peu nombreux, que nous allons citer, il est expressément rappelé que l'interdiction est prononcée en vertu de la loi; les mots IS CUI LEGE BONIS INTERDICITUR, ou INTERDICTUM EST, servent à désigner l'interdit.

ULPIEN, 1, *ad Sabin.* : Dig. XXVII, 10, *De curat. fur.*, 1 pr. LEGE DUODECIM TABULARUM PRODIGO INTERDICITUR...

ULPIEN, 1, *ad Sabin.* : Dig. XXVIII, 1, *Qui testam.*, 18 pr. IS CUI LEGE BONIS INTERDICTUM EST, testamentum facere non potest.

ULPIEN, 1, *ad Sabin.* : Dig. XXIX, 2, *De acq. vel om. her.*, 5 § 1. EUM CUI LEGE BONIS INTERDICITUR, heredem institutum posse adire hereditatem constat.

ULPIEN, XX, 13. Mutus, surdus, furiosus, itemque PRODIGUS CUI LEGE BONIS INTERDICTUM EST, testamentum facere non possunt.

ULPIEN, XII. LEX DUODECIM TABULARUM furiosum itemque PRODIGUM CUI BONIS INTERDICTUM EST, IN CURATIONE JUBET ESSE AGNATORUM.

Il faut rapprocher de ces textes le célèbre passage des Sentences de Paul où est contenu le décret d'interdiction. L'interdiction y est fondée sur la coutume : MORIBUS PER PRÆTOREM BONIS INTERDICITUR HOC MODO; et on remarquera la rubrique DE EO CUI MORIBUS INTERDICITUR, qui, dans un grand nombre de manuscrits, précède ce paragraphe (1).

Le plus souvent, la dénomination donnée au prodigue interdit n'indique pas qu'il ait été frappé conformément à

(1) Il est vrai que l'authenticité des rubriques, dans les Sentences de Paul, n'est pas sûre. Voy. GIRARD, *Textes de droit romain*, p. 296, 297.

la loi. On l'appelle IS CUI BONIS INTERDICTUM EST (1), IS CUI BONORUM SUORUM ADMINISTRATIO INTERDICTA EST (2), IS CUI PER PRÆTOREM BONIS INTERDICTUM EST (3), IS CUI A PRÆTORE CURATORE DATO BONIS INTERDICTUM EST (4), ou plus brièvement PRODIGUS, LUXURIOSUS ATQUE PRODIGUS (5).

Il est certain que, dans le droit de Justinien, ces expressions diverses n'impliquent aucune différence de condition juridique chez les interdits; mais je ne puis croire que, dans le langage des jurisconsultes classiques, elles n'aient pas eu un sens plus précis.

Lorsqu'un jurisconsulte tel qu'Ulpien parlait de prodigues interdits *lege*, il ne pouvait pas avoir en vue ceux qui étaient interdits en dehors des conditions prescrites par la loi. Cette expression ne convenait évidemment qu'aux prodigues interdits par application de la loi. Il est donc nécessaire d'admettre que les textes où les prodigues sont ainsi qualifiés se réfèrent exclusivement à l'ancien système d'interdiction.

De même, dans les Sentences de Paul, lorsqu'il est parlé de prodigues interdits *moribus*, on doit croire qu'il s'agit de prodigues frappés par le décret d'interdiction, conformément à cette ancienne coutume que la loi des Douze-Tables consacra. Nous avons déjà montré comment il se fait qu'Ulpien fonde l'interdiction sur la loi et que Paul

(1) POMPONIUS, D. XLVI, 2, *De nov. et deleg.*, 3. MÆCIANUS, D. XLIX, 17, *De castr. pec.*, 18 §§ 2, 3. ULPIEN, D. XII, 1, *De reb. cred.*, 9 § 7; D. XXVII, 10, *De cur. fur.*, 1 § 1; D. XLV, 1, *De verb. oblig.*, 6, etc.

(2) INST. JUST., II, 12, *Quibus non est permiss. fac. test.*, § 2.

(3) JULIEN, cité par ULPIEN, D. XXVII, 10, *De cur. fur.*, 10 pr.

(4) DIOCLÉTIEN, C. J., II, 22, *De in integr. restit.*, 3.

(5) V. les textes cités plus haut, p. 94, n. 5.

fasse dériver de la coutume le décret rendu par le préteur (1).

Si l'on concède que les expressions IS CUI LEGE BONIS INTERDICITUR, IS CUI MORIBUS INTERDICITUR, doivent être prises dans un sens étroit, on est amené à reconnaître que les mots IS CUI BONIS INTERDICTUM EST leur font antithèse et doivent avoir, eux aussi, une signification restreinte.

Voici un texte où l'on ne peut nier qu'il ne soit exclusivement question des prodigues mis en curatelle par le magistrat : c'est un rescrit de Dioclétien et de Maximien, où les mineurs qui ont des curateurs sont rapprochés des prodigues.

> C. J., II, 22, *De in integr. restit.*, 3. Si curatorem habens minor quinque et viginti annis post pupillarem ætatem res vendidisti, hunc contractum servari non oportet : cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens cui a prætore curatore dato bonis interdictum est.

Les auteurs du rescrit ne comparent pas d'une façon générale le mineur à l'interdit; ils le comparent seulement à celui qui a été mis en curatelle par le magistrat : CUI A PRÆTORE CURATORE DATO BONIS INTERDICTUM EST. Cela me paraît très digne de remarque. N'en résulte-t-il pas en effet que les prodigues soumis à une curatelle dative, les seuls auxquels les mineurs de vingt-cinq ans pourvus de curateurs pouvaient être comparés, constituaient une catégorie d'incapables, régie par des principes particuliers?

Cette catégorie d'incapables est seule visée, suivant nous, toutes les fois qu'il est question de prodigues interdits

(1) *Suprà*, p. 87.

per prætorem ou simplement de prodigues interdits : *is cui bonis interdictum est.* Cette dernière expression semble au premier abord aussi générale que possible; mais l'omission du mot *lege* donne suffisamment à entendre qu'il ne s'agit pas de prodigues interdits par application de la loi. A l'époque classique, l'interdiction fondée sur les Douze-Tables perdait de plus en plus du terrain, et le système nouveau, lié à l'organisation de la curatelle dative, tendait à se généraliser dans la pratique; aussi n'y a-t-il pas à s'étonner que les jurisconsultes fissent allusion à ce système, lorsqu'ils parlaient, sans spécifier davantage, de prodigues ou d'interdits.

L'emploi ou l'omission du mot LEGE, voilà donc le criterium qui nous permettra de reconnaître le genre d'interdiction que les textes ont en vue.

On pourrait être tenté de rechercher, parmi les expressions diverses que nous avons relevées, d'autres termes caractéristiques du nouveau système d'interdiction, notamment PER PRÆTOREM, dans l'expression *is cui per prætorem bonis interdictum est;* et BONORUM SUORUM, dans cette autre périphrase, *is cui bonorum suorum administratio interdicta est.* Ces termes conviennent en effet très bien au prodigue mis en curatelle *par le préteur,* et privé du droit de disposer de *ses biens* sans distinction. Cependant ils ne fournissent pas un criterium absolument sûr. Que les mots *per prætorem* puissent servir à qualifier l'ancienne interdiction fondée sur la loi, on le comprend, puisque cette interdiction résulte d'un décret du préteur, et c'est en ce sens qu'ils sont employés par Paul : *moribus per prætorem interdicitur.* D'autre part, lorsqu'il est question d'un prodigue à qui a été enlevée l'administration *de ses*

biens, suorum bonorum, ce serait attacher une importance bien exagérée au simple mot *suorum* que de penser qu'il exclut nécessairement le prodigue privé seulement du droit de disposer des *bona paterna avitaque;* et cette expression se rencontre précisément dans le célèbre texte d'Ulpien où l'ancienne interdiction, fondée sur la loi des Douze-Tables, est opposée à la curatelle dative : *Lege XII Tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio* (1).

Quoi qu'il en soit, il faut reconnaître, dans la terminologie des jurisconsultes romains, le principe d'une distinction entre les prodigues interdits *lege* et les prodigues simplement interdits. Suivant cette terminologie, nous diviserons nos textes en deux classes, et l'étude des décisions qu'ils renferment nous montrera qu'effectivement les uns se rattachent à l'ancienne théorie dont le décret d'interdiction nous a fourni les traits essentiels, les autres au nouveau régime que la jurisprudence organisa.

(1) Il ne faudrait pas argumenter de ces derniers mots pour soutenir que, d'après la loi des Douze-Tables, l'effet de l'interdiction n'était pas limité aux *bona paterna avitaque.* On s'explique très bien que le jurisconsulte dise *interdicitur bonorum suorum administratio*, quoique l'interdiction dont il parle n'atteigne qu'une seule catégorie de biens, les biens paternels; on se l'explique d'autant mieux que, le plus souvent, le prodigue a pour toute fortune ce que son père lui a transmis. Voy. Ubbelohde, *l. c.*, *Grünhut's Zeitschrift*, IV, p. 673. — D'ailleurs, le passage d'Ulpien ne nous est parvenu que par l'intermédiaire de Justinien, et une interpolation n'est pas impossible. Peut-être, au lieu des mots *bonorum suorum administratio*, y avait-il *bonorum paternorum administratio,* ou quelque autre expression, rappelant le principe ancien qui limitait aux biens paternels l'incapacité de l'interdit. A supposer que tel ait été le texte original, les compilateurs durent nécessairement le modifier pour le mettre en harmonie avec le droit nouveau. Cette hypothèse me paraît assez plausible.

VIII. Jetons sur l'ensemble de ces textes un coup d'œil général. Nous y rencontrerons les deux idées qui ont servi de base à deux systèmes d'interdiction différents, et nous nous convaincrons que chacune d'elles se rapporte, d'après la terminologie même des jurisconsultes, à l'un seulement de ces deux systèmes.

Le prodigue est incapable, parce qu'il est privé du COMMERCIUM. Cette première idée n'est, à notre avis, admissible que pour les prodigues interdits *lege*, seuls atteints par les termes du décret : *ea re commercioque interdico.* On ne la trouve formulée qu'une seule fois, dans un passage d'Ulpien où sont énumérées les personnes incapables de tester et qui n'a pas passé par les mains des compilateurs. Or, Ulpien suppose précisément, dans ce texte, que l'interdiction a été prononcée *lege* (1).

Le prodigue est incapable, parce qu'il est comparable à un fou. Voilà une idée qui n'a nul rapport avec la précédente, et qui s'applique, suivant nous, à une autre sorte de prodigues, aux prodigues simplement interdits. Or, on

(1) ULPIEN, XX, 13. *Mutus, surdus, furiosus itemque* PRODIGUS CUI LEGE BONIS INTERDICTUM EST *testamentum facere non possunt : ... prodigus,* QUONIAM COMMERCIO ILLI INTERDICTUM EST, *et ob id familiam mancipare non potest.* Il faut rapprocher de ce texte un autre fragment, où le jurisconsulte Julien, cité par Ulpien, explique l'incapacité du prodigue en disant, non pas qu'il a perdu le *commercium,* mais que la *deminutio,* c'est-à-dire la faculté d'amoindrir son patrimoine, lui a été enlevée. ULPIEN, 16, *ad edict.*, D. XXVII, 10, *De cur. fur.*, 10 pr. *Julianus scribit* EOS QUIBUS PER PRÆTOREM BONIS INTERDICTUM EST, *nihil transferre posse ad aliquem quia in bonis non habeant,* CUM EIS DEMINUTIO SIT INTERDICTA. La comparaison des deux textes montre bien qu'ils ne s'appliquent pas à la même sorte d'incapables. Le premier vise ceux *quibus lege bonis interdictum est,* et le second, ceux *quibus per prætorem bonis interdictum est,* c'est-à-dire les prodigues mis en curatelle par le magistrat.

constate que, des nombreux passages où elle est exprimée, aucun ne fait allusion à l'hypothèse d'une interdiction prononcée *lege*, mais que tous, sans exception aucune, se réfèrent simplement au prodigue ou à l'interdit (1).

Ainsi le langage des jurisconsultes est parfaitement d'accord avec la distinction que je propose d'admettre. Je ne puis croire qu'il y ait là une coïncidence fortuite. Le hasard nous aurait, il faut l'avouer, merveilleusement servi, s'il avait voulu que la raison sur laquelle nous faisons reposer l'incapacité des prodigues interdits *lege* ne se rencontrât jamais en dehors du cas où les prodigues sont ainsi qualifiés, et s'il avait aussi voulu, d'autre part, que l'idée où nous paraît être le fondement de l'incapacité des prodigues simplement interdits, ne fût jamais exprimée que dans les passages où il est précisément question de ces prodigues. La diversité des motifs par lesquels les jurisconsultes expliquent les effets de l'interdiction cadre le mieux du monde avec la diversité des expressions qu'ils emploient, et on doit y voir la preuve d'une exacte corrélation entre les deux systèmes d'interdiction et les deux catégories de textes que nous distinguons.

Pour compléter cette démonstration, il faudrait examiner en elles-mêmes les décisions des Prudents, classées

(1) Voy. les nombreux textes cités *suprà*, p. 156-163. — Dans le passage d'Ulpien, reproduit plus haut (XX, 13), le prodigue interdit *lege* figure, il est vrai, à côté du *furiosus*, parmi les personnes incapables de tester : *furiosus itemque prodigus cui lege bonis interdictum est.* Mais la raison par laquelle le jurisconsulte explique ici l'incapacité de l'interdit n'a rien de commun avec celle sur laquelle il fonde l'incapacité du fou : *furiosus* QUONIAM MENTEM NON HABET, *ut testari de sua re possit; prodigus*, QUONIAM COMMERCIO ILLI INTERDICTUM EST. Le rapprochement des deux sortes d'incapables fait ici ressortir la différence essentielle qui les sépare.

d'après le mode de groupement que nous avons adopté, et les comparer entre elles. On verrait ainsi s'il n'est pas vrai que, dans chacune des deux catégories de textes, se retrouvent les caractères distinctifs du système d'interdiction qui, suivant nous, y correspond. C'est l'étude que j'entreprendrai, dans la seconde partie de ce travail, lorsque j'essaierai de reconstituer les deux systèmes.

IX. L'étude des sources nous a démontré, et nous démontrera par la suite d'une manière encore plus décisive, que l'assimilation de la prodigalité à la folie ne remonte pas au très ancien droit, mais qu'elle a servi de base à une nouvelle espèce d'interdiction, créée par la jurisprudence. Cette conclusion se justifie rationnellement, logiquement, pour ainsi dire; nous allons nous en convaincre, par des considérations empruntées aux nécessités mêmes du développement historique de l'institution qui nous occupe.

Il me paraît d'abord évident que l'idée d'une analogie entre la prodigalité et la folie n'a pu être exprimée dans le texte des Douze-Tables. Le législateur ne procède pas par voie d'appréciation, de comparaison : il ordonne, et cela suffit. Ce sont certainement les jurisconsultes qui ont comparé le prodigue à l'aliéné, et cette comparaison leur a fourni une véritable explication de l'incapacité du prodigue. Le prodigue est incapable, répètent-ils à l'envi, parce qu'il est réputé fou. Ils donnent pour fondement à son incapacité une fiction de folie. Si telle est la pensée que les textes nous révèlent, il est impossible qu'elle ait été appliquée aux prodigues frappés d'interdiction par décret du magistrat, en vertu d'une disposition des Douze-Tables. L'incapacité de ces prodigues était fondée sur la loi. Elle

résultait du décret qui avait été rendu contre eux. On ne comprendrait pas que, pour la motiver, la jurisprudence ait eu recours à une fiction de folie. Le droit romain a souvent usé de fictions, mais seulement lorsqu'elles présentaient quelque utilité. Si les Prudents ont jugé nécessaire de supposer que le prodigue était fou, c'est qu'ils ont voulu, par un moyen détourné, obtenir certains résultats pratiques, qui ne résultaient pas de l'application de la loi.

Il s'agissait de rendre incapables les prodigues qui ne se trouvaient pas dans les conditions prévues par la loi. Le préteur ne pouvait prononcer, contre eux, la formule traditionnelle du décret d'interdiction. Allait-il inventer une formule nouvelle, moins étroite, qui permettrait de les atteindre? Il ne le fit pas. Il aurait paru abuser de son pouvoir, en prononçant arbitrairement une déchéance contre des citoyens dont la loi reconnaissait la pleine capacité. On voulait bien venir au secours des prodigues que le législateur avait omis de protéger, mais sans paraître créer pour eux une incapacité nouvelle. La jurisprudence y parvint, en supposant qu'ils étaient fous. Cette supposition admise, tout décret d'interdiction devenait superflu. Il ne restait plus au magistrat qu'à mettre l'incapable en curatelle, comme s'il s'était vraiment agi d'un fou. C'est ce que le préteur avait fait pour le *demens*, ou *mente captus*, qui avait, lui aussi, besoin d'être protégé, mais qui n'était pas, à proprement parler, un *furiosus*, et ne tombait pas sous l'application de la loi. C'est ce qu'il fit pour le prodigue. La curatelle dative du prodigue a été, comme celle du *mente captus*, une extension de la curatelle du fou.

Il y a, dans la matière des testaments, une autre fiction de folie dont l'origine n'est pas douteuse. Lorsqu'un tes-

tateur avait sans motif exclu ses enfants de sa succession, on supposait qu'au moment où il avait ainsi disposé, il ne jouissait pas de sa raison : la *querela inofficiosi testamenti* n'avait pas d'autre fondement que cette supposition de folie (1). Or, on sait de science certaine que la *querela* ne remonte pas au très ancien droit. A l'époque de Cicéron, il n'y avait pas longtemps qu'elle était entrée dans la pratique, et c'est incontestablement la jurisprudence qui l'y fit admettre (2). C'est elle aussi qui, par un procédé tout semblable, organisa un nouveau système d'interdiction à l'usage de ceux que la loi n'atteignait pas. On est tout naturellement porté à penser que ces deux institutions eurent une commune origine. Toutes deux avaient un même but, qui était d'empêcher le *paterfamilias* de dépouiller sa famille, soit par la dilapidation de son patrimoine, soit par des dispositions testamentaires contraires à l'*officium pietatis*. Toutes deux ont été fondées sur une même fiction de folie. Il faut y voir deux créations de la jurisprudence (3).

X. Essayons d'aller plus loin, et si cette recherche n'est pas téméraire, demandons-nous comment et sous quelle

(1) Marcien, D. V, 2, *De inoff. testam.*, 2 : *Hoc colore quasi non sanæ mentis fuerunt ut testamentum ordinarent.* Marcellus, D. *eod. tit.*, 5. Paul, D. *eod. tit.*, 19 : *Licet quasi furiosæ judicium ultimum ejus damnetur.* Inst., II, 18 pr.

(2) Cicer., *Verr.*, II, 1, c. 42. V. Kuntze, *Cursus des röm. Rechts*, p. 584, § 836, et *Münch. krit. Vierteljahresschrift*, IX, p. 539.

(3) Rappelons ici qu'après la mort de Tibère, le Sénat romain, voulant casser le testament par lequel l'empereur défunt désignait son successeur, prétexta aussi qu'il avait été fait dans un moment de folie : c'était un acte de folie, d'avoir voulu remettre le gouvernement à un enfant à qui les lois ne permettaient pas l'accès du Sénat. Dion Cassius, LIX, 1.

influence l'idée d'une assimilation entre la prodigalité et la folie a dû pénétrer dans le droit romain.

Il semble aujourd'hui tout à fait naturel et banal de comparer les prodigues à des aliénés. Dans les temps les plus anciens, ce rapprochement ne dut pas se présenter à l'esprit; ce n'est pas une idée qui porte la marque du droit primitif. Nous avons vu qu'à l'origine la folie était considérée comme un fait d'ordre religieux, comme un délire inspiré par quelque divinité; le fou n'était pas un malade, mais un possédé (1). Rien assurément n'est plus éloigné de cette conception de la folie que le caractère du prodigue. Ceux qui dissipent joyeusement leur fortune ne sont pas marqués du signe fatal que les anciens lisaient sur le front du *furiosus;* l'instinct qui les porte à jouir de la vie et à dépenser sans compter n'éveille en rien la pensée d'une possession surnaturelle. La comparaison de la prodigalité et de la folie n'a pu naître des anciennes croyances populaires. C'est de la philosophie qu'elle procède, et, si je ne me trompe, c'est aux philosophes grecs que les jurisconsultes romains l'ont empruntée.

A première vue, cette hypothèse ne paraîtra pas invraisemblable, si l'on réfléchit que les Romains n'ont guère eu d'idées philosophiques qu'ils n'aient reçues de la Grèce. Mais je ne la fonde pas seulement sur cette considération générale. Des témoignages particuliers la confirment.

Au troisième livre des Tusculanes, Cicéron traite des maladies de l'âme (πάθη), et se demande si elles peuvent atteindre le sage ; or il constate tout d'abord que cette expression, familière aux Grecs, n'est pas romaine. On pour-

(1) V. *suprà*, p. 40-42.

rait bien, dit-il, en traduisant littéralement le mot πάθη, dire *morbos animi*, mais une telle manière de s'exprimer ne serait pas conforme aux habitudes de la langue latine.

> Cicéron, *Tusculanes*, III, 4, 10 : Hæc enim fere sunt ejusmodi, quæ Græci πάθη appelant : ego poteram morbos ; et id verbum esset e verbo ; sed in consuetudinem nostram non caderet. Nam misereri, invidere, gestire, lætari, hæc omnia morbos Græci appellant, motus animi rationi non obtemperantes : nos autem hos eosdem motus concitati animi, recte, ut opinor, perturbationes dixerimus, morbos autem non satis usitate (1).

On voit par là que les anciens Romains n'avaient pas songé à comparer les mouvements de la passion, les désordres de la conduite, à de véritables maladies, et que les Grecs leur ont appris à considérer les gens passionnés, particulièrement les prodigues, comme des malades, comme des fous (2).

On ne peut s'empêcher de faire la même réflexion, quand on lit la célèbre satire où Horace dépeint les passions humaines comme autant de sortes de folies, sans né-

(1) V. aussi Cicéron, *De finib. bonor. et mal.*, 10.

(2) Cicéron s'efforce ensuite, il est vrai, de prouver que, dès la plus haute antiquité, les Romains avaient des vues philosophiques profondes sur la nature des passions. Il fonde cette démonstration sur le sens étymologique des mots *insania*, *dementia*, *amentia*, et il célèbre la pensée romaine qui avait devancé de plusieurs siècles le fondateur de la philosophie morale, Socrate... *Id quod admirari sæpe soleo, majoribus quoque nostris hoc ita visum intelligo multis sæculis ante Socratem : a quo hæc omnis, quæ est de vita et moribus, philosophia manavit. — Quonam tandem modo? — Quia nomen insaniæ significat mentis ægrotationem et morbum, id est insanitatem et ægrotum animum, quam appellarunt insaniam.* La thèse est un peu paradoxale. Elle ne nous surprend

gliger celle dont sont atteints les prodigues (1). Le poète soutient que tous les hommes sont fous, ou plutôt il fait soutenir cette thèse par Damasippe, un stoïcien, un disciple de Stertinius, portant la barbe philosophique, *sapientem barbam,* et Damasippe fait honneur à son maître de l'idée qu'il développe : c'est le paradoxe cher aux stoïciens.

O bone, ne te
Frustrere; insanis et tu, stultique prope omnes,
Si quid Stertinius veri crepat : unde ego mira
Descripsi docilis præcepta hæc, tempore quo me
Solatus jussit sapientem pascere barbam,
Atque a Fabricio non tristem ponte reverti (2)...
Hæc mihi Stertinius sapientum octavus amico
Arma dedit... (3).

Mais ce n'est pas seulement la philosophie grecque, c'est aussi et surtout le droit d'Athènes qui a dû suggérer aux jurisconsultes romains la pensée de fonder l'interdiction sur une supposition de folie. Nous avons vu qu'à Athènes, comme à Rome, une action pouvait être intentée contre les prodigues; or, c'est aussi une supposition de folie, παρανοία,

pas, chez l'illustre orateur qui mettait la loi des Douze-Tables, la loi nationale, au-dessus de tous les livres des philosophes (*De orat.*, I, 44). Mais on ne se laissera pas aisément persuader qu'il y ait, dans le seul mot *insania,* toute une psychologie, et que, pour avoir trouvé *insania,* les premiers Romains puissent rivaliser avec Socrate. Au reste, Cicéron avoue lui-même que la loi des Douze-Tables ne parlait ni de l'*insanus,* ni du *demens,* mais seulement du *furiosus. Itaque non est scriptum* SI INSANUS, *sed* SI FURIOSUS ESCIT.

(1) HORACE, *Sat.*, II, 3, v. 224-246.

(2) *L. c.*, v. 32-37.

(3) *L. c.*, v. 296-297.

qui était le fondement de cette action. Cicéron nous l'apprend, dans un passage du traité *De senectute.*

> CICÉR., *De senect.*, 7, 22 : Sophocles ad summam senectutem tragœdias fecit : quod propter studium quum rem negligere familiarem videretur, a filiis in judicium vocatus est, ut, quemadmodum nostro more male rem gerentibus patribus bonis interdici solet, sic illum quasi desipientem a re familiari removerent judices. Tum senex dicitur eam fabulam, quam in manibus habebat et proxime scripserat, OEdipum Coloneum recitasse judicibus, quæsisseque, num illud carmen desipientis videretur.

L'anecdote est bien connue (1). Sophocle poursuivi par ses enfants sous prétexte de folie, *quasi desipiens,* se contenta, pour toute défense, de lire à ses juges l'OEdipe à Colone qu'il venait de composer; puis, il leur dit : Voyez si c'est là l'œuvre d'un fou. *Num illud carmen desipientis.*

Il s'agit incontestablement d'une action qui tendait à faire reconnaître la folie du poète tragique. Or Cicéron ajoute : c'est de la même manière que, dans la coutume romaine, on demande l'interdiction du chef de famille qui dilapide son patrimoine. *Quemadmodum nostro more male rem gerentibus patribus bonis interdici solet* Ne devons-nous pas conclure que les fils de Sophocle réclamaient en réalité, sous prétexte de folie, l'interdiction de leur père, et que, dans le droit attique comme dans le droit romain, on avait recours à cette fiction pour frapper d'interdiction les prodigues?

(1) Elle est rapportée par d'autres auteurs, par PLUTARQUE et par l'auteur inconnu de la biographie de Sophocle. Voy. MEIER et SCHÖMANN, LIPSIUS, *attisch. Prozess,* II, p. 568, n. 247. HENSE, *Studien zu Sophocl.*, p. 289. WOLF, *Quæstiones Jophonteæ*, 1882.

Cette conclusion est confirmée par d'autres textes (1). La similitude des deux législations, en cette matière, est donc certaine, et tous les auteurs l'admettent (2). Mais comment s'explique-t-elle?

M. Leist (3) voit, dans l'idée commune au droit grec et au droit romain, un des principes du droit primitif. Suivant lui, aucune des deux législations n'aurait, sur ce point, servi de modèle à l'autre; la ressemblance qu'elles présentent tiendrait à la persistance d'une institution que, dès l'origine, les populations gréco-italiques pratiquaient déjà.

M. Schulin (4) pense au contraire que la théorie de l'interdiction, fondée sur une fiction de folie, a été empruntée

(1) Xenophon, *Commentar.*, I, 2, 49 : κατὰ νομον ἐξεῖναι παρανοίας ἐλόντι τὸν πατέρα δῆσαι. Aristophane, *Les Nuées*, v. 844-846 :

... τί δράσω παραφρονοῦντος τοῦ πατρός;
πότερον παρανοίας αὐτὸν εἰσαγαγὼν ἅλω,
ἢ τοῖς σοροπηγοῖς τὴν μανίαν αὐτοῦ φράσω;

V. Hermann, *Griech. Privatalterth.*, 3e éd., 1882, p. 80, n. 5.

(2) Meier et Schömann, *attisch. Prozess.*, p. 296; Lipsius, II, p. 566. Platner, *Prozess bei den Attik.*, II, p. 242 et s. Hermann, *Griech. Privatalterth.*, 3e éd., 1882, p. 80, n. 5. Schulin, *Griech. Testament*, 1882, p. 12; Id., *Geschichte des röm. R.*, 1889, p. 198. Leist, *Græco-ital. Rechtsg.*, p. 54, 55. Rivier, *Droit de famille romain*, p. 370.

(3) Leist, *Græco ital. Rechtsg.*, p. 54-55. « Indem die Römer dies ihr Recht als *moribus introductum* und nur von XII Tafeln anerkanntes bezeichnen, lassen sie keinen Raum für die Annhame, dass es sich hier um einen seitens der Römer von den Griechen entlehnten Rechtssatz handele. Wir haben also altes gemeinsames griechisch-italisches Stammrecht vor uns. »

(4) Schulin, *Gesch. des röm. R.*, p. 198. « Nach analogie der *cura furiosi* haben die XII Tafeln noch eine zweite *Cura* normiert, namlich die *Cura prodigi*, und zwar haben sie bei Einführung dieser *cura prodigi*, wenn nicht alles trügt, ein attisches Vorbild nachgebildet. »

par Rome au droit attique; mais il fait remonter cet emprunt au moins à l'époque des Douze-Tables.

Ces deux opinions doivent, l'une et l'autre, être écartées.

Nous avons vu pour quelles raisons l'assimilation de la prodigalité à la folie ne saurait être considérée comme un principe du droit romain primitif (1), et ces raisons nous obligent à repousser l'hypothèse de M. Leist. S'il est vrai qu'à Rome la théorie de la folie du prodigue ait eu seulement pour but de remédier à l'insuffisance de l'ancien système d'interdiction, on peut se demander si, en Grèce, elle n'eut pas aussi quelque fonction analogue. Les auteurs semblent dire qu'elle était, d'une façon générale et dans tous les cas, le fondement des poursuites dirigées contre les dissipateurs; mais quand on remonte aux sources (2), on voit qu'il y est question d'une hypothèse toute spéciale, celle du père de famille à qui ses propres enfants veulent faire nommer un curateur. Ne serait-ce pas seulement à cause de cette circonstance qu'en pareil cas la poursuite était fondée sur une supposition de folie? Les Controverses de Sénèque et les Déclamations de Quintilien nous ont prouvé que l'enfant qui voulait empêcher son père de dissiper son patrimoine, le présentait comme fou, afin d'obtenir pour lui la nomination d'un curateur. Ce procédé fut, je le crois, employé à Rome (3). Les textes que nous

(1) V. *suprà*, p. 175-200.

(2) V. *suprà*, p. 195, p. 196, n. 1.

(3) Peut-être soutiendra-t-on que les Controverses et les Déclamations ne sont pas, pour le droit romain, des sources suffisamment sûres : ces exercices oratoires sont trop souvent inspirés de la rhétorique grecque. J'ai prévu l'objection et j'y ai répondu (*suprà*, p. 164, n. 1). Mais si elle

avons cités ne donnent-ils pas lieu de croire qu'il le fut aussi dans le droit attique? Quoi qu'il en soit, rien ne permet de supposer, comme le fait M. Leist, que l'assimilation des prodigues et des fous remonte à la coutume primitive d'où le droit grec et le droit romain sont issus.

Il n'est pas davantage possible d'admettre, avec M. Schulin, que l'interdiction du plus ancien droit romain, celle que la loi des Douze-Tables organisa conformément à la coutume, ait été le résultat d'une importation étrangère. Nous en avons cherché l'origine à Rome même, dans l'ancienne constitution de la famille, dans le droit propre aux *Gentes* (1).

Mais, ce qui est parfaitement vraisemblable, c'est qu'à une époque moins ancienne, l'influence grecque se soit fait sentir; c'est que la jurisprudence, jugeant insuffisant le système de la loi, ait emprunté à la législation d'Athènes une idée qui devait servir à le compléter.

Cette manière de voir s'appuie sur l'ensemble des preuves déjà réunies, et le fragment du traité *De senectute*, que nous venons de citer, est loin d'y être contraire. C'est à l'interdiction romaine, sous sa forme la plus large, qu'il compare l'institution du droit attique : *nostro more male rem gerentibus patribus bonis interdici solet.* Ces mots ne se réfèrent pas à l'interdiction dirigée contre ceux qui

devait être admise, si l'on refusait de faire au droit romain l'application du procédé que nous révèlent les ouvrages des deux rhéteurs, on devrait sans doute en reconnaître l'origine grecque, et ce serait une raison de plus d'admettre qu'à Athènes la supposition de folie du prodigue était un moyen spécialement employé par l'enfant qui voulait faire mettre son père en curatelle pour cause de prodigalité.

(1) V. *suprà*, p. 1-3, 105-107, 116-121.

dilapidaient les biens paternels, mais à celle qui, d'une façon générale, atteignait les dissipateurs, à raison du seul fait de la prodigalité. Ils ne font pas allusion à la loi des Douze-Tables, ni aux conditions spéciales qu'elle exigeait pour que l'interdiction fût prononcée, mais à la coutume (*more nostro*), et par là il faut entendre la coutume qui compléta le système de l'ancienne loi.

Ce qui donne plus de poids à ces considérations, c'est qu'à Athènes comme à Rome, on avait recours à une fiction de folie, non seulement pour demander l'interdiction du prodigue, mais encore pour attaquer les dernières volontés du testateur qui avait, sans motif sérieux, dépouillé sa famille. Plusieurs passages d'Isée et d'Isocrate (1) démontrent que les parents, injustement exclus de la succession, pouvaient faire tomber le testament, en prétextant qu'il avait été fait dans un moment de folie. M. Schulin estime qu'en cette matière comme en matière d'interdiction, Rome prit modèle sur le droit attique (2). Elle lui fit ainsi deux emprunts. Or, l'un d'eux, celui qui aboutit à la création de

(1) Isée, *Orat.*, 1, 21, 34; 2, 20; 4, 18, 28. Isocrate, *Ægineticus*, 32, 34, 42. V. Schulin, *Das griech. Testam.*, p. 16. « Regelmässig wählte der Testator seine Testamenterben unter seinen nächsten συγγενεῖς. Er sah dabei namentlich auf seine persönlichen Beziehungen zu denselben und auf das Ansehen, das sie bei ihren Mitbürgern genossen. Wenn jemand diese Rücksichten ausser Acht liess, so setzte er sich der Gefahr aus, dass seine Verwandten nach seinem Tod μανίαν αὐτοῦ κατηγόρουν, und dass sein Testament in Folge dessen als von einem Verrückten errichtet umgeworfen wurde. »

(2) Schulin, *Lehrb. der Gesch. des Röm. Rechts*, p. 488. — Leist reconnaît aussi que la fiction de folie sur laquelle repose la *querela* fut empruntée au droit grec : *græco-ital. Rechtsgeschichte*, p. 57; mais on sait que, suivant lui, la fiction de folie admise en matière d'interdiction ne procède pas d'un emprunt.

la *querela inofficiosi testamenti*, a très certainement été l'œuvre de la jurisprudence, vers la fin de la République romaine. Il me paraît impossible d'admettre que l'autre ait une origine toute différente, et soit antérieure à la loi des Douze-Tables. Tous deux ont dû sortir, à peu près en même temps, d'un même travail de jurisprudence.

Ce n'est pas que nous puissions indiquer avec précision l'époque à laquelle s'introduisit le nouveau système d'interdiction. On peut affirmer que, dans les derniers temps de la République au plus tard, la coutume était fixée sur ce point, comme elle l'était dans la matière des testaments inofficieux; les textes de Sénèque l'ancien et le dernier passage de Cicéron que nous venons de citer en sont la preuve. Mais quant à déterminer exactement le point de départ de cette coutume, les documents que nous possédons ne nous permettent pas de le faire. On est réduit, sur ce sujet, à des conjectures.

DEUXIÈME PARTIE.

ESSAI DE RECONSTITUTION DES DEUX SYSTÈMES D'INTERDICTION.

Je crois avoir démontré qu'il y eut, en droit romain, deux systèmes d'interdiction différents, et il s'agit maintenant de retracer les règles propres à chacun d'eux. Si la thèse que je me suis efforcé d'établir est exacte, la théorie de l'interdiction romaine est à refaire. Il faut reprendre les questions qu'elle soulève et en poursuivre la solution, soit dans le système ancien, fondé sur la loi des Douze-Tables, soit dans le système plus récemment institué par la coutume. Il faut rechercher comment, en cette matière, le droit romain a fait retour à l'unité, et à quel système ont été empruntés les divers éléments dont Justinien a composé la théorie, désormais unique, de l'interdiction.

C'est là une tâche dont je ne me dissimule pas les difficultés. Les sources ne nous apprennent que peu de chose. Un très petit nombre de documents antérieurs au droit de Justinien, et, dans le Digeste, quelques rares vestiges du droit ancien, mal effacés par les compilateurs : voilà nos seuls moyens d'information. Est-ce avec des fragments aussi

incomplets qu'il nous sera possible de remettre au jour les deux théories auxquelles Justinien a substitué une législation uniforme? On pourrait désespérer d'y parvenir, si l'on ne savait de quelle façon logique et harmonieuse se développaient à Rome les institutions juridiques. Les constructions de la jurisprudence romaine sont des systèmes dont toutes les parties se tiennent étroitement, et c'est pourquoi il suffit d'en posséder quelques débris pour qu'on puisse, sans trop de chances d'erreurs, les reconstituer dans leur ensemble. C'est ce que je vais essayer de faire.

Résumons d'abord les traits caractéristiques des deux systèmes, tels que nous les avons décrits. Pour le prodigue interdit suivant l'ancienne loi, son incapacité résultait du décret qui l'avait frappé; nous avons vu, par les termes mêmes de ce décret, qu'elle se restreignait à une seule catégorie de biens (*bona paterna avitaque*) et impliquait la déchéance du *commercium*. Quant au prodigue soumis au nouveau système d'interdiction, il échappait au décret traditionnel; aussi son incapacité n'était-elle ni limitée aux *bona paterna avitaque*, ni caractérisée par la privation du *commercium*. Placé en curatelle, il l'était sous prétexte de folie. On l'assimilait à un fou, en tant du moins qu'il cherchit à s'appauvrir. Il était incapable comme un fou, mais seulement incapable de faire les actes qui tendaient à diminuer son patrimoine. Son incapacité était partielle, comme la folie dont il était réputé atteint.

Cette vue générale des principes qui régissaient les deux sortes d'interdiction a besoin d'être complétée. Pour apprécier exactement la condition faite au prodigue sous des régimes si essentiellement différents, il nous reste à résoudre de nombreuses et difficiles questions.

1. Quels étaient, d'une manière précise, les actes que l'interdit ne pouvait pas faire ?

2. Comment la défense de faire ces actes était-elle sanctionnée ? La nullité qui en résultait était-elle toujours reconnue par le droit civil ?

3. Dans la mesure où il était incapable, l'interdit se trouvait-il dans l'impossibilité absolue d'agir ? Ou lui était-il permis d'agir avec le consentement d'un curateur ?

4. Pouvait-il contracter des obligations naturelles ?

5. Quel était le point de départ de son incapacité, et comment prenait-elle fin ?

Ces questions sont fertiles en controverses, et nous nous convaincrons, je pense, que la distinction des deux systèmes d'interdiction permet seule de donner une solution satisfaisante aux nombreuses difficultés qui, en cette matière, ont de tout temps divisé les commentateurs.

I.

Des actes que le prodigue était incapable de faire.

I. *Dans l'ancien système d'interdiction, une double déchéance* était encourue. *Première déchéance* (a re interdico), *restreinte aux* bona paterna avitaque. — II. *Seconde déchéance* (commercio interdico). *Cette seconde déchéance rendait le prodigue incapable de tester, mais n'annulait pas le testament fait avant l'interdiction.* — III. *Elle n'avait pas d'effets absolus; mais elle se restreignait, elle aussi, aux* bona paterna avitaque. *Examen de la doctrine de M. Voigt.* — IV. *Argument tiré du texte d'Ulpien qui donne au prodigue interdit* lege *le droit de faire adition d'hérédité.* — V. *Conséquences générales de l'incapacité résultant du décret d'interdiction.* — VI. *Réponse à quelques objections tirées : 1° de l'esprit général du droit romain; 2° de ce fait que le prodigue était incapable de tester; 3° de ce que les mots* commercio interdico, *entendus dans le sens que nous leur donnons, n'auraient eu aucune portée pratique.*

VII. *Dans le nouveau système d'interdiction, il faut distinguer les actes qui tendent à rendre la condition pire et ceux qui tendent à l'améliorer. Le prodigue n'est traité comme fou que pour ce qui concerne les premiers. Applications de ce principe.* — VIII. *Le prodigue peut-il faire une novation?* Pomponius, D. XLVI, 2, 3. *Explication de ce texte, d'après M. Voigt. Réfutation.* — IX. *Le prodigue peut-il faire adition d'hérédité? peut-il répudier? Non. Controverses, tenant à ce qu'on ne distingue pas les deux systèmes d'interdiction.* — X. *Le prodigue peut-il tester? Non; mais ici l'incapacité ne résulte pas de l'absence du* commercium.

XI. *Le prodigue est incapable d'être témoin dans un testament. Cette incapacité ne se rattache ni à l'un ni à l'autre des deux systèmes d'interdiction. Elle tient au déshonneur* (ignominia) *encouru par ceux qui dilapident leur patrimoine.* — XII. *Ce déshonneur entraînait-il d'autres conséquences?*

XIII. *Le sénatus-consulte qui défendit aux tuteurs et aux curateurs d'aliéner certains immeubles eut pour effet de soumettre à une règle commune les prodigues soumis à l'un ou à l'autre des deux systèmes d'interdiction.* — XIV. *Justinien établit l'unité. Il reproduit en général les principes du nouveau système. Toutefois, il donne au prodigue, comme dans le système ancien, le droit de faire adition d'hérédité.*

Voyons d'abord quels actes juridiques le prodigue était, par l'effet de l'interdiction, incapable d'accomplir. A ce point de vue, les deux systèmes d'interdiction différaient profondément.

I. Pour déterminer l'incapacité des prodigues interdits *lege,* il faut se reporter aux termes du décret : *ea re commercioque interdico.* Une double déchéance en résultait.

La première, celle qui résultait des mots *ea re interdico,* se restreignait à une seule catégorie de biens, aux *bona paterna avitaque.* Je l'ai déjà montré(1), et je n'insisterai pas davantage sur cette partie de la formule.

Quant aux mots *commercio interdico,* ils enlevaient au prodigue le *commercium,* c'est-à-dire la faculté de prendre part aux actes du droit civil concernant le patrimoine, particulièrement à la mancipation. Etudions ici cette déchéance, et voyons quelle en était exactement la portée.

II. Elle avait d'abord pour effet de rendre le prodigue incapable de tester. Cette conséquence est formellement exprimée par Ulpien. Elle est la seule dont il soit question dans les textes. C'est celle qu'il convient d'examiner en premier lieu.

> Ulpien, XX, 13. Mutus, surdus, furiosus, itemque prodigus cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non possunt : ..... prodigus, quoniam commercio illi interdictum est, et ob id familiam mancipare non potest.
>
> Ulpien, 1, *ad Sabinum :* D. XXVIII, 1, *Qui testamenta facere possunt,* 18 pr. Is cui lege bonis interdictum est, tes-

(1) *Suprà,* p. 138-141.

tamentum facere non potest, et si fecerit, ipso jure non valet. Quod tamen interdictione vetustius habuerit testamentum, hoc valebit (1).

L'incapacité de tester est un des traits les plus originaux et, au premier abord, les plus difficilement explicables de la condition du prodigue, dans l'ancienne théorie romaine. Pourquoi empêcher le prodigue de faire un testament? pourquoi le condamner à mourir intestat? Le danger du penchant qui l'entraîne à dépenser sans mesure n'est pas dans les dispositions de dernière volonté par lesquelles il peut vouloir régler, après son décès, la dévolution de ses biens. Dans beaucoup de législations, dans la nôtre notamment, il n'y a pas d'incapacité testamentaire qui résulte de la prodigalité (2), et cela semble rationnel.

C'est sans doute l'intérêt de la famille civile, véritable fondement de l'ancienne interdiction, qui fit admettre l'incapacité de tester comme le complément nécessaire de la condition faite au prodigue. On craignit que, si l'interdit restait libre de faire un testament, il n'usât de ce droit pour enlever à la famille les biens que, dans l'intérêt de celle-ci, il lui était défendu de dissiper. Ne s'inspirerait-il pas de sentiments d'animosité et de rancune, à l'égard de ses héritiers présomptifs, de ceux qui avaient fait rendre le décret d'interdiction et qui géraient la curatelle? Ces craintes durent paraître d'autant plus fondées que, dans

(1) Plusieurs autres textes sont relatifs à l'incapacité du prodigue en matière de testament, mais ils ne prévoient pas l'hypothèse d'une interdiction prononcée *lege*, et nous les examinerons plus loin. ULPIEN, D. XXXVII, 11, *De bon. poss. sec. tab.*, 1 § 9. PAUL, *Sent.*, III, 4ᵃ § 12. INST. JUST., II, 12, *Quib. non est permiss.*, § 2.

(2) DEMOLOMBE, VIII, 734. AUBRY et RAU, VII, 1875, p. 20.

le droit ancien, avant l'introduction de la *querela inofficiosi testamenti*, la liberté du disposant était plus complète; et on jugea qu'à défaut de restrictions apportées au droit de tester, il fallait supprimer absolument ce droit entre les mains du prodigue.

La formule *commercio interdico* permit d'atteindre ce résultat, et c'est à elle qu'Ulpien rattache l'incapacité de tester dont le prodigue se trouve frappé. C'est elle qui empêche le prodigue de *mancipare*, c'est-à-dire d'aliéner par voie de mancipation, et par conséquent de *mancipare familiam*, de manciper son patrimoine comme doit le faire celui qui teste *per æs et libram*.

Ulpien fait spécialement allusion à ce genre de testament, mais on ne serait pas fondé à prétendre, comme l'ont fait quelques interprètes (1), que l'incapacité du prodigue était liée à l'emploi de l'*æs* et de la *libra*, et que, lorsque de nouvelles formes testamentaires s'introduisirent, elle perdit toute raison d'être. Elle avait pour cause l'absence du *commercium*, et cette cause devait dans tous les cas rendre nul le testament de l'interdit, en quelque forme qu'il eût été fait.

Si l'interdiction enlevait au prodigue la *factio testamenti*, elle n'entraînait pas la nullité du testament qu'il avait pu faire antérieurement à l'interdiction. Cette solution est donnée particulièrement dans l'un des fragments d'Ulpien déjà cités : D. XXVIII, 1, 18 pr.

Peut-être sera-t-on porté à penser qu'elle s'accorde mal avec la nature de l'incapacité qui résultait de l'ancienne in-

(1) Glück, *Pandect.*, XXXIII, p. 381-382. Glück critique cette opinion.

terdiction. On a coutume de diviser en deux classes les causes qui rendent incapable de tester : les unes, telles que la perte de la qualité de citoyen, tiennent à la privation du droit lui-même; les autres consistent en certains faits, tels que la folie, qui rendent seulement l'exercice du droit impossible. Or beaucoup d'auteurs posent en règle générale qu'un testament est nécessairement anéanti lorsque son auteur vient ensuite à être privé de la *factio testamenti*, par l'une des causes qui suppriment le droit lui-même, *jus ipsum* (1). Si cette règle était exactement formulée, on ne comprendrait pas que le décret d'interdiction ne fît pas tomber le testament du prodigue, car on ne saurait nier que la déchéance du *commercium*, prononcée par le magistrat, ne constituât une atteinte au *jus ipsum* (2).

Toute difficulté disparaît si l'on se reporte aux textes. La formule générale qu'on propose ne s'y trouve pas. On y lit seulement que le testament devenait nul (*irritum*), lorsque son auteur subissait une *capitis deminutio* (3). Or, bien que l'interdit fût privé du *commercium*, il n'était pas *capite minutus*. Aussi, était-il tout à fait conforme aux principes que l'interdiction n'entraînât pas l'annulation du testament.

(1) Voy. notamment WINDSCHEID, *Pandect.*, III, § 563, n. 4.

(2) M. Windscheid se borne à dire, après avoir constaté que le testament du prodigue n'est pas annulé par l'interdiction ultérieurement prononcée : « so dass also hier nur die natürliche Seite der Interdiction, nicht die juristische (Verlust des *commercium*) in Betracht kommt. » — Cf. GLÜCK, *Pandect.*, XXXIII, p. 378, 379; UBBELOHDE, *l. c.*, *Grünhut's Zeitschrift*, IV, p. 677, n. 18 a.

(3) GAIUS, II, 45. ULPIEN, D, XXVIII, 3, *De injusto, rupto, irrito....* 6 §§ 5-13. INST. JUST., II, 17, *Quib. mod. testam. infirm.*, § 4.

III. Quels étaient, en dehors de l'incapacité de tester, les effets de la déchéance du *commercium* encourue par le prodigue ? L'interdit devenait-il, d'une manière absolue, incapable d'accomplir tous les actes juridiques qui exigeaient la jouissance du *commercium?*

Plusieurs auteurs (1) pensent que, dans l'ancien droit, il en devait être ainsi. D'après M. Voigt, ce principe ne comportait à l'origine aucune exception. Il n'y avait à rechercher ni si l'acte tendait à l'accroissement ou à la diminution du patrimoine, ni s'il avait pour objet des biens recueillis dans l'héritage paternel ou des biens provenant d'une autre source. Dans tous les cas, et par cela seul qu'il s'agissait d'un acte qu'une personne dépourvue du *commercium* ne pouvait pas accomplir, l'interdit était incapable. Notamment, il ne pouvait à aucun titre figurer dans une mancipation, pas plus comme acquéreur que comme aliénateur.

L'éminent romaniste de Leipzig nous explique comment s'atténua peu à peu la rigueur de cette ancienne théorie. Tout d'abord la création d'un droit nouveau, applicable même à ceux qui étaient dépourvus du *commercium,* eut pour conséquence de donner à l'interdit une certaine capacité. On commença par admettre qu'en principe le prodigue, déchu du *commercium,* pourrait prendre part aux actes du droit des gens. Il n'en était autrement que lors-

(1) Voigt, *Jus naturale*, IV, p. 125. Pernice, *Labeo*, I, p. 238. — M. Accarias se demande si l'on ne pourrait pas conclure, de la formule d'interdiction, que le prodigue, n'ayant plus le *commercium*, était incapable même de recevoir une mancipation. Il rejette pourtant cette opinion comme peu vraisemblable. Accarias, *Précis*, I, 4e éd., p. 442, n. 1.

qu'il s'agissait des *bona paterna avitaque*. Pour les biens de cette nature, il n'était pas plus possible à l'interdit d'en disposer *jure gentium* que *jure civili*. Ce qui l'en empêchait, ce n'était pas la privation du *commercium;* c'étaient les mots du décret : *ea re interdico*. A l'époque impériale, une innovation s'introduisit. D'abord les jurisconsultes supprimèrent la distinction, plus théorique que pratique, d'après laquelle l'interdit était incapable pour les actes du droit civil et capable pour les actes du droit des gens; ils décidèrent, sans doute par interprétation des mots *ea re commercioque interdico*, qu'il ne pourrait pas faire, *jure gentium*, ce qu'il lui était défendu de faire *jure civili*. D'autre part, ils firent prévaloir une distinction nouvelle, tirée des effets que l'acte devait entraîner : ils reconnurent à l'interdit la capacité d'agir, même dans les formes du droit civil, lorsqu'il s'agissait pour lui d'améliorer sa condition, par exemple d'acquérir, fût-ce par une mancipation.

Cette ingénieuse conjecture ne saurait être acceptée. J'ai déjà dit pourquoi il me paraît impossible de rattacher à la déchéance du *commercium*, prononcée conformément à la loi, la théorie nouvelle de l'incapacité du prodigue, qui fut élaborée par la jurisprudence à l'époque impériale (1). Je me propose de montrer ici que cette ancienne déchéance n'avait pas la portée qu'on lui attribue.

Nous avons reconnu (et M. Voigt n'est pas d'un autre avis), que les mots du décret *ea re interdico* s'appliquaient seulement aux biens provenant de la succession paternelle, et que les curateurs n'avaient de pouvoirs que sur ces biens. S'il en était ainsi, est-il possible de croire que

(1) V. *suprà*, p. 141-142.

l'interdit fût, d'une manière absolue et sans restriction aucune, privé du *commercium?* Par cela seul qu'il y avait des biens dont la disposition ne lui était pas enlevée et qui demeuraient en dehors de la curatelle, il devait conserver le droit d'agir sur eux. Autrement, à quel régime cette partie du patrimoine aurait-elle été soumise? Il faut donc reconnaître que la déchéance du *commercium* se restreignait dans ses effets aux biens que le prodigue avait recueillis dans la succession paternelle.

N'est-il pas très rationnel d'interpréter en ce sens les termes du décret? C'était pour sauver l'héritage paternel, les *bona paterna avitaque*, que le magistrat prononçait l'interdiction (*quando tibi bona paterna...*); c'étaient ces biens seuls qu'il enlevait au prodigue (*ea re... interdico*); ce devait être aussi pour la sauvegarde de ces seuls biens qu'il privait le prodigue du *commercium*. Les mots *commercio interdico* paraissent avoir une portée absolue, parce qu'on les isole; mais dans la formule dont ils font partie, leur signification s'éclaire. Elle se limite naturellement aux biens dont le magistrat déclare prendre la défense et qu'il met hors des atteintes du prodigue. Si le magistrat exprimait en termes formels et avec une sorte d'insistance le motif de l'interdiction (*quando tibi bona paterna..., ob eam rem...*), ce n'était pas seulement pour donner à la sentence plus d'autorité et de force, c'était surtout pour en déterminer avec précision les effets (1).

IV. Ces inductions sont confirmées par un texte qui a fort embarrassé les commentateurs. Je fais allusion à un

(1) En ce sens, Ubbelohde : *Grünhut's Zeitschrift*, IV, p. 674-675.

fragment d'Ulpien, qui reconnaît au prodigue interdit *lege* le droit de faire adition d'hérédité.

> Ulpien, 1, *ad Sabinum :* D. XXIX, 2. *De acq. vel om. hered.*, 5 § 1. Eum qui lege bonis interdicitur, heredem institutum posse adire hereditatem constat.

Pour pouvoir être institué héritier et par conséquent pour pouvoir faire adition, il fallait avoir le *commercium.* Aussi, si l'on pense que l'interdit était absolument dépourvu du *commercium,* on doit en conclure qu'il n'était pas plus capable de faire adition d'hérédité que de disposer par testament. Mais alors, comment expliquer la décision d'Ulpien ?

M. Voigt y voit une règle du droit nouveau, introduite par la jurisprudence : l'interdit serait devenu capable d'acquérir, et en particulier d'acquérir des hérédités.

Il y a une raison décisive de repousser cette explication. Si la capacité de faire adition est inconciliable avec le défaut absolu de *commercium,* elle ne l'est pas moins avec le nouveau régime d'incapacité que la jurisprudence organisa. C'était sous ce régime un principe que le prodigue, comme le pupille, était incapable de faire les actes qui tendaient à rendre sa condition pire; or ce principe conduisait logiquement à refuser au prodigue, comme au pupille, le droit de faire adition. Ulpien formule pourtant une règle contraire.

Pour supprimer cette contradiction, la plupart des commentateurs n'ont trouvé d'autre moyen que de modifier le sens du texte en y sous-entendant les mots *consentiente curatore.* Nous apprécierons plus tard cette tentative d'in-

terprétation, et nous nous convaincrons aisément qu'elle est inadmissible. Contentons-nous pour le moment de constater que la décision d'Ulpien n'est pas en harmonie avec les principes du droit nouveau.

C'est bien à l'ancien système d'interdiction qu'elle se rapporte. On n'en peut douter, puisqu'elle suppose expressément qu'il s'agit d'un prodigue interdit *lege*. Or elle nous prouve que l'interdiction prononcée en vertu de la loi avait une portée toute relative.

Si le prodigue interdit *lege* pouvait librement faire adition, c'est qu'il n'était pas incapable d'une manière absolue. L'adition d'hérédité est un acte régi par le droit civil et qui implique la jouissance du *commercium;* c'est un acte qui ne fait pas seulement acquérir des biens, mais qui fait aussi naître des obligations à la charge de l'héritier. Aussi, de ce que le prodigue était capable de faire adition, est-on fondé à conclure qu'il conservait, dans une certaine mesure, la capacité d'accomplir des actes du droit civil, celle même de diminuer son patrimoine, par exemple en s'obligeant. Seulement cette capacité ne lui appartenait que pour une portion de son patrimoine, pour celle qui ne provenait pas de la succession paternelle.

V. Nous avons admis, en somme, que les deux parties de la formule d'interdiction (*ea re interdico, commercio interdico*) avaient une portée toute relative, et que l'une et l'autre se restreignaient aux *bona paterna avitaque*. Il nous reste à rechercher, d'une façon générale, quelles conséquences pratiques un tel régime d'incapacité devait entraîner.

Remontons à la conception de la curatelle primitive,

telle que nous la révèlent les plus anciens documents[1]. La curatelle était, suivant le texte même des Douze-Tables, une *potestas* [2], une sorte de puissance analogue à la puissance paternelle, bien qu'elle portât sur des personnes *sui juris*. Elle conférait au curateur, sur les biens dont l'administration lui était confiée, des pouvoirs comparables à ceux d'un *paterfamilias* sur son propre patrimoine. L'incapable était réputé n'être plus propriétaire. La loi le voulait ainsi : *qui ita sit adfectus (furiosus), eum dominum esse rerum suarum vetant duodecim tabulæ* [3]. C'était le curateur qui avait le pouvoir d'aliéner [4]. Il était comme propriétaire, *loco domini, vice domini* [5]. L'interdiction avait donc pour effet d'enlever au prodigue le droit de disposer de ses biens, et, pour ainsi dire, de l'exproprier au profit des curateurs : mais cette expropriation avait exclusivement pour objet les biens recueillis dans la succession paternelle: c'était, suivant l'expression que nous avons relevée dans un passage de Valère Maxime [6], une sorte d'exhérédation.

En conséquence, le prodigue interdit *lege* se présentait sous un double aspect : *complètement incapable* ou *complè-*

(1) Voigt, *XII Tafeln*, II, § 163, n. 5-8. Gérardin, *la tutelle et la curatelle dans l'ancien droit romain : Nouvelle Revue historique de droit*, 1889, p. 6-10.

(2) V. *suprà*, p. 10, n. 1.

(3) Cicéron, *Tuscul.*, III, 5, 11. — V. aussi Acron, sur Horace, *Sat.*, II, 3, v. 216 : *apud veteres insanis a prætoribus jus dominii auferebatur* (*suprà*, p. 50, n. 1).

(4) Gaius, II, 64.

(5) Julien, D. XLVII, 2, *De privatis delictis*, 56 § 4 : *tutor domini loco habetur*. Ulpien, D. XLIII, 24, *quod vi aut clam*, 11 § 7; D. L, 17, *De reg., jur.*, 157 pr. : *vice dominorum sunt* (*tutores et curatores*).

(6) *Suprà*, p. 106, n. 2; p. 140-141.

tement capable, suivant qu'on l'envisageait comme héritier de ses ancêtres ou comme propriétaire des biens qu'il tenait d'une autre source.

Pour les *bona paterna avitaque*, il était incapable de les aliéner. Comme il était censé n'en être plus propriétaire, il n'en pouvait disposer d'aucune manière, ni au moyen d'actes du droit civil, ni au moyen d'actes du droit des gens. Les premiers étaient spécialement défendus par les mots *commercio interdico;* mais tous l'étaient également par ces autres mots, *ea re interdico.*

Quant aux biens étrangers à l'héritage paternel, l'interdit conservait au contraire une capacité complète. Il pouvait les aliéner, et cela sans distinction entre les modes d'aliénation du droit civil et les modes du droit des gens.

Il était de même capable d'acquérir. Les acquisitions qu'il pouvait faire contribuaient à former cette partie du patrimoine dont il avait la libre disposition. En matière d'obligations, sa capacité restait entière. Seulement les dettes qu'il contractait ne pouvaient s'exécuter sur les *bona paterna avitaque*, puisque ces biens étaient réputés ne plus lui appartenir. L'exécution n'était possible que sur les autres éléments du patrimoine.

Enfin l'interdit était incapable de tester; mais s'il était appelé à recueillir une hérédité, il pouvait faire adition, et par conséquent aussi répudier.

La théorie que je viens d'exposer consiste en somme à distinguer, dans le patrimoine de l'interdit, deux catégories de biens, qu'on pourrait appeler les biens de famille et les biens propres, et à limiter aux premiers, soit l'incapacité qui résultait de l'interdiction, soit les pouvoirs qui appartenaient au curateur.

VI. Cette théorie me paraît solidement fondée sur les termes du décret et sur le fragment d'Ulpien qui reconnaît au prodigue interdit *lege* le droit de faire adition. Je prévois toutefois certaines objections qui pourront être dirigées contre elle, et je vais dès à présent y répondre.

Peut-être soutiendra-t-on d'abord que la distinction de deux catégories de biens, soumises, suivant la diversité de leur origine, à des règles différentes, n'est guère conforme à l'esprit du droit romain (1).

L'objection manquerait de justesse. Le droit romain nous donne, dans plus d'une institution, l'exemple d'un régime spécial appliqué aux biens d'une certaine provenance. Il faut citer surtout *les bona castrensia* (2), parce qu'ils offrent avec les *bona paterna avitaque* une analogie qui n'a pas échappé aux jurisconsultes romains et qui va nous fournir un nouvel argument. Lorsqu'on voulut donner au fils de famille un droit propre sur les biens qu'il avait pu acquérir comme soldat, on décida que le père, en principe propriétaire des *bona castrensia* comme des autres biens acquis par son fils, ne pourrait pas les aliéner, et que ses créanciers ne pourraient exercer sur eux aucun droit. Le *paterfamilias,* dont le fils avait fait comme soldat des acquisitions, se trouva ainsi dans une situation analogue à celle du prodigue interdit. Un fragment de Mæcianus relève

(1) C'est l'objection faite par Glück aux partisans d'un autre système dont j'ai dit un mot, et qui consiste à distinguer en cette matière les biens à venir et les biens présents. Glück, *Pandect.*, XXXIII, p. 253. — *Suprà*, p. 138, n. 1.

(2) On pourrait citer aussi les biens apportés par l'adrogé à l'adrogeant, ou encore par une femme *in manu* à son mari. — V. Ubbelohde, *l. c.*: *Grünhut's Zeitschrift*, IV, p. 675, n. 11-12.

cette similitude (1). Le père du soldat et le prodigue interdit *lege* avaient tous deux perdu le droit de disposer de certains biens, le droit de les engager à leurs créanciers, comme s'ils avaient cessé d'en être propriétaires. Il y avait pour le père une sorte d'incapacité restreinte aux *bona castrensia* que son fils lui avait fait acquérir. De même, l'incapacité du prodigue était limitée aux biens que son père lui avait transmis.

Une autre objection sera peut-être tirée de l'incapacité de tester qu'Ulpien signale comme une conséquence de la privation du *commercium*. Il est certain que cette incapacité ne se restreignait pas aux biens transmis dans la succession paternelle, et on pourrait être tenté d'en conclure que la privation du *commercium* était elle-même absolue.

M. Ubbelohde a fait à cet argument une réponse décisive fondée sur le principe *Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest* (2). Il n'était pas permis de tester pour

(1) Mæcianus, D. XLIX, 17, *De castr. pec.*, 18 § 2 : *veluti si cum eo ageret cui bonis interdictum est*; — § 3 : ... *Id enim et eum cui bonis interdictum est, verum est consequi posse.* Inst. Just., II, 12, *Quib. non est perm. facere testam.*, pr. : ... *quod in castris adquisierit miles qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse, neque patris creditores id vendere vel aliter inquietare...* V. Fitting, *Castrense peculium*, p. 98, 100.

(2) Ubbelohde, *l. c. : Grünhut's Zeitschrift*, IV, p. 677, n. 19. Nous avons vu tout à l'heure un jurisconsulte romain, Mæcianus, comparer le prodigue interdit au *paterfamilias* dont le fils avait des *bona castrensia*. On pourrait, en se plaçant à ce point de vue, opposer à l'explication fournie par l'éminent professeur, l'objection suivante : le *paterfamilias*, propriétaire des *bona castrensia* acquis par son fils, n'avait pas le droit d'en disposer; il était en cela semblable à l'interdit, privé, lui aussi, du droit de disposer des *bona paterna*. Or, il pouvait tester et transmettre ainsi tous les biens étrangers au pécule. Pourquoi l'interdit n'aurait-il pas pu de même faire un testament valable pour tous les biens acquis en

une partie de l'hérédité; aussi suffisait-il qu'il y eût certains biens dont le prodigue ne pouvait pas disposer par testament, pour qu'une incapacité générale en résultât, et c'est ainsi que le prodigue se trouvait absolument privé du droit de tester, bien qu'en principe les effets de l'interdiction ne s'étendissent pas au delà des biens paternels (1).

Enfin on dira peut-être : « S'il faut reconnaître que les mots du décret *ea re interdico* visaient exclusivement les biens transmis dans la succession paternelle, il n'est pas admissible que les mots *commercio interdico* n'eussent pas une plus large portée. Cette seconde partie de la formule d'interdiction deviendrait inutile, si on la limitait comme la première aux *bona paterna avitaque;* elle n'ajouterait rien à l'incapacité du prodigue. Du moment que, par la vertu des mots *ea re interdico,* le prodigue ne pouvait faire aucun acte sur ces biens, à quoi eût-il servi de dire qu'il ne pour-

dehors de la succession paternelle? Il faut répondre avec M. Ubbelohde que la situation n'était pas la même, dans les deux cas. Pour l'interdit, le droit de disposer des *bona paterna* et, par suite, le droit de tester lui était formellement enlevé par l'effet de la formule, *ea re commercioque interdico.* Le *paterfamilias* n'était pas frappé d'une semblable déchéance. Sans doute, il y avait un obstacle à l'efficacité des actes accomplis par lui relativement aux *bona castrensia,* mais cet obstacle pouvait disparaître, par exemple, si le fils de famille venait à décéder, et, dès lors, l'acte accompli produisait tout son effet. C'est ce que nous dit Mæcianus, D. XLIX, 17, *De castr. pec.,* 18, § 1. *Et in summa ea res, hi actus patris qui ad præsens alienationem alicujus juris de castrensi peculio præstant, impediuntur : hi vero, qui non statim quidem, sed postea efficere solent : eo tempore animadvertentur quo habere effectum consuerunt : ut si sit filius, cui auferatur, nihil agatur, si ante decesserit, actus patris non impediatur.*

(1) Voy. Leo Moses, *Lässt sich die Regel* nemo pro parte testatus... *auch auf das Testament eines Haussohnes über sein* castrense peculium *anwenden?* Inaugural-dissertat., Breslau, 1882.

rait pas, sur ces mêmes biens, faire les actes qui impliquaient la jouissance du *commercium?* »

Cette observation pèche en un point. La déchéance du *commercium,* même entendue dans le sens que nous lui donnons, avait au moins cet effet d'enlever au prodigue le droit de disposer par testament : elle entraînait, à ce point de vue, une incapacité qui, sans doute, ne serait pas résultée des simples mots *ea re interdico.* Or il est permis de croire, nous l'avons déjà dit, qu'elle eut précisément pour but de rendre impossible le testament du prodigue. Nous avons vu pour quelles raisons, tout à fait concordantes avec l'esprit de l'ancienne loi, on jugea nécessaire d'attacher cette conséquence à l'interdiction; la formule du décret, *commercio interdico,* fut le moyen employé pour atteindre ce résultat. Il est à remarquer qu'un seul texte rattache l'incapacité du prodigue à la privation du *commercium,* et que ce texte vise précisément l'incapacité de tester (1).

VII. Nous devons maintenant déterminer, dans l'hypothèse d'un prodigue mis en curatelle par le magistrat, comme nous l'avons fait dans celle d'un prodigue interdit *lege,* l'étendue de l'incapacité qui résultait de l'interdiction.

Ici, ce ne sont pas les textes qui nous feront défaut. La théorie élaborée par les jurisconsultes, à l'époque impériale, est bien connue. Elle consiste, comme on sait, à distinguer les actes qui tendent à rendre la condition pire et ceux qui tendent à l'améliorer. Capable de faire ceux-ci, incapable de faire ceux-là, tel était le prodigue. Il pouvait

(1) Ulpien, XX, 13.

d'ailleurs s'obliger par ses délits. C'est en assimilant le prodigue à un aliéné, atteint d'une sorte de folie partielle, que la jurisprudence est arrivée à ces diverses solutions. Je l'ai démontré longuement, et je n'y reviendrai pas davantage. Il s'agit seulement ici de signaler les conséquences pratiques du principe que la jurisprudence fit prévaloir, et de rechercher jusqu'à quel point le prodigue, assimilé à un fou, devint incapable.

Je ne me propose pas de développer, à ce sujet, la portée de la distinction à faire entre les actes qui rendent la condition meilleure et ceux qui la rendent pire. Cette théorie, qui ne s'applique pas seulement aux prodigues, est trop connue pour qu'il soit nécessaire de nous y arrêter. On sait que, pour classer à ce point de vue les différents actes juridiques, il n'y a pas à rechercher si, en fait, ils sont désavantageux ou nuisibles, ni s'ils comportent plus d'inconvénients que d'avantages, mais qu'on doit tenir compte seulement de l'effet juridique qui leur est propre : tendent-ils à faire sortir un droit du patrimoine ou à faire naître une dette, ils rendent la condition meilleure ; tendent-ils à l'acquisition d'un droit ou à l'extinction d'une dette, ils rendent la condition pire. On sait aussi que, pour les actes complexes, tendant à la fois à augmenter le patrimoine et à l'amoindrir, par exemple à faire naître une dette et une créance, ils sont en principe réputés valables en tant qu'ils rendent la condition meilleure, nuls en tant qu'ils la rendent pire.

De nombreux textes appliquent ces règles de droit à de multiples opérations, à la tradition (1), à la stipulation (2), à

(1) (2) ULPIEN, D. XLV, 1, *De verbor. oblig.*, 6; XXVII, 10, *De curat. fur.*, 10; XII, 1, *De reb. cred.*, 9 § 7.

la vente (1), au paiement (2), à la novation (3), au serment (4), à l'exercice d'une action en justice (5), à la constitution d'un droit de servitude (6). Qu'il me suffise d'y renvoyer.

Certains d'entre eux, toutefois, méritent plus que cette mention. Ils soulèvent des difficultés où le principe même de la thèse que je soutiens ici est engagé, et dont il importe de chercher la solution. Je veux parler de la novation, de l'adition d'hérédité et de la répudiation, enfin du testament.

VIII. Nover une créance, c'est l'éteindre; aussi le prodigue est-il incapable de nover (7). Voici comment est formulé, au Digeste, le principe de cette incapacité.

> Pomponius, 1, *ad Sabinum :* D. XLVI, 2, *De novat. et deleg.*, 3. Cui bonis interdictum est, novare obligationem suam non potest, nisi meliorem suam conditionem fecerit.

« Celui qui a été interdit ne peut pas nover sa créance, à moins que la novation n'ait pour effet d'améliorer sa condition. »

Il semble que l'expression *meliorem conditionem facere* ne soit pas prise ici dans son sens ordinaire, mais qu'il s'agisse de rechercher si en fait, la novation constitue pour le

(1) Pomponius, D. XVIII, 1, *De contrah. empt.*, 26. Dioclétien, C. J., II, 22, *De in integr. restit.*, 3.

(2) Ulpien, D. XII, 6, *De condict. ind.*, 29.

(3) Pomponius, D. XLVI, 2, *De novat.*, 3.

(4) Paul, D. XII, 2, *De jure jur.*, 35 § 1.

(5) Mæcianus, D. XLIX, 17, *De castr. pec.*, 18 § 2.

(6) Mæcianus, D. *eod. loc.*, 18 § 3.

(7) La même incapacité atteint le pupille. Paul, D. XLVI, 2, *De novation.*, 20 § 1; XLVI, 3, *De solution.*, 15.

prodigue une opération bonne ou mauvaise, c'est-à-dire si la créance qu'il a voulu acquérir en faisant novation est plus ou moins avantageuse que celle qu'il s'agissait d'éteindre.

M. Voigt (1) entend ainsi notre texte, et il en conclut qu'il y eut, parmi les jurisconsultes romains, des divergences de doctrine sur la question de savoir quels actes l'interdit pouvait valablement faire. Pour les uns, la capacité du prodigue se limitait, comme celle du pupille, aux actes dont l'effet juridique était de procurer l'acquisition d'un droit ou l'extinction d'une dette. Pour les autres, elle s'étendait à tous les actes qui avaient en fait des conséquences avantageuses, alors même qu'elles impliquaient en même temps la perte d'un droit.

Cette explication pourrait aisément se concilier avec la doctrine que je soutiens. Les jurisconsultes, dirions-nous, s'accordaient à fonder sur une supposition de folie l'incapacité du prodigue ; mais les uns tenaient le prodigue pour fou, par cela seul qu'il aliénait ou qu'il s'obligeait ; les autres exigeaient en outre qu'il eût fait une opération réellement préjudiciable à ses intérêts.

Cependant, je ne crois pas que le fragment de Pomponius nous oblige à prêter, sur ce point, aux jurisconsultes classiques, des opinions divergentes, ni à faire à Justinien le reproche de les avoir accueillies sans discernement. La solution contenue dans ce fragment n'a rien de contraire à la doctrine confirmée par l'ensemble des textes. Voici comment on le démontre.

Il s'agit d'un prodigue qui, étant créancier, stipule

(1) Voigt, *Jus naturale*, IV, p. 127-128.

novandi causa (1). Cette stipulation est un acte qui tend tout à la fois à rendre la condition meilleure et à la rendre pire. Elle tend à faire naître une créance nouvelle au profit du stipulant, et à ce point de vue elle est valable; mais elle tend aussi à faire périr l'ancienne créance, et à cet autre point de vue, elle ne peut produire aucun effet. Le prodigue acquiert donc une créance en vertu de la stipulation, et cependant il conserve celle qu'il a voulu nover. Supposons par exemple qu'il se soit fait promettre par Secundus ce que Primus lui devait; il deviendra créancier de Secundus tout en demeurant créancier de Primus. Est-ce à dire que, s'il poursuit celui-ci, il le fera condamner? Cela dépend des circonstances. Ou bien la créance qu'il acquiert contre Secundus n'est en rien inférieure à celle que la novation avait pour but d'éteindre, ou bien au contraire elle ne présente pas les mêmes avantages. Dans le premier cas, il sera repoussé au moyen d'une exception de dol; dans le second cas, au contraire, il aura gain de cause.

Ces solutions découlent des principes (2). Or, ce sont précisément celles que Pomponius consacre. En règle générale, dit-il d'abord, le prodigue ne peut pas nover, c'est-à-

(1) M. Accarias paraît entendre le texte comme s'il s'agissait d'un prodigue débiteur qui jouerait dans la novation le rôle de promettant. Accarias, *Précis*, II, 4e éd., p. 552.

(2) Elles peuvent s'appuyer sur un texte où il est question du pupille. Paul, D. XLVI, 3, *De solution.*, 15. *Pupillo solvi sine tutoris auctoritate non potest. Sed nec delegare potest : quia nec alienare ullam rem potest. Si tamen solverit ei debitor, et nummi salvi sint, petentem pupillum doli mali exceptione debitor summovebit.* Le jurisconsulte pose en principe que le pupille ne peut ni recevoir un paiement, ni faire une délégation; puis il ajoute que, toutefois, si le pupille a reçu le paiement et

dire que, s'il stipule *novandi causa,* cette stipulation n'aura aucun effet libératoire; elle laissera subsister l'ancienne créance. Toutefois, ajoute le jurisconsulte, il peut se faire que le prodigue ait profité de la novation (*nisi meliorem suam conditionem fecerit*); il est devenu créancier en vertu de la stipulation, et cette créance est peut-être équivalente ou même préférable à celle qu'il s'agissait de nover. En pareil cas, si le prodigue veut exercer l'ancienne créance, l'exception de dol pourra lui être opposée, et par conséquent on peut dire que la novation produit alors son effet extinctif, du moins *exceptionis ope.*

IX. La question de savoir si le prodigue, appelé à recueillir une hérédité, était capable de faire adition d'hérédité ou de répudier, est discutée par les interprètes.

J'ai soutenu, dans l'hypothèse d'une interdiction prononcée *lege,* l'opinion favorable à la capacité (1); mais pour les prodigues soumis au nouveau système d'interdiction, l'opinion contraire s'impose. Du moment qu'ils ne pouvaient faire les actes qui rendaient leur condition pire, ils devaient nécessairement être incapables de faire adition (2),

en a conservé le profit, il ne pourra pas réclamer un second paiement sans être repoussé par une exception de dol. La même décision doit être appliquée au cas de novation, bien que le texte ne le dise pas expressément; l'hypothèse d'une novation est tout à fait analogue à celle du paiement; celui qui nove une créance reçoit, pour ainsi dire, en paiement de celle-ci, une créance nouvelle.

(1) *Suprà*, p. 212-213.

(2) Ils étaient incapables de faire adition, même avec le consentement du curateur, je le démontrerai plus loin. On verra, toutefois, que les jurisconsultes cherchèrent un moyen pratique de rendre l'adition d'hérédité possible dans le cas de folie et, par conséquent aussi, dans le cas de prodigalité.

car l'adition n'avait pas seulement pour conséquence de faire acquérir des biens; elle pouvait mettre des obligations à la charge de l'héritier, et des obligations peut-être supérieures à l'actif héréditaire. Privés du droit de faire adition, les prodigues dont nous parlons n'avaient pas davantage le droit de répudier l'hérédité; on connaît en effet le principe : *Is potest repudiare qui et adquirere potest* (1).

Ces solutions sont seules d'accord avec les principes, et aucun texte ne les contredit. Un fragment d'Ulpien, que nous avons étudié, donne bien au prodigue le droit de faire adition, mais il vise exclusivement le prodigue interdit *lege*.

Dans la doctrine généralement admise, ce dernier texte est d'une explication singulièrement difficile. On admet un système d'interdiction unique, rendant le prodigue incapable, comme le pupille, de rendre sa condition pire; or il s'agit de rattacher à ce système une décision qui permet au prodigue de faire librement adition d'hérédité, et par conséquent de se soumettre à toutes les dettes héréditaires. La contradiction est choquante.

On s'est efforcé d'y échapper en donnant au texte d'Ulpien une traduction des plus libres. « Le prodigue peut faire adition », dit le jurisconsulte; il faudrait compléter sa pensée en ajoutant : « pourvu que le curateur donne son consentement (2). » C'est là un de ces procédés d'inter-

(1) Paul, D. XXIX, 2, *De acq. vel. om. her.*, 18. Ulpien, D. *eod. t.*, 4 : *nolle adire hereditatem non videtur qui non potest adire;* D. L, 17, *De reg. jur.*, 3 : *ejus est non nolle, qui potest velle.*

(2) Accarias, *Précis*, I, 4e édit., p. 935, n. 2 : « le prodigue interdit peut faire adition, mais sans nul doute le consentement de son curateur lui est nécessaire. » Schulin, *Geschichte des röm. Rechts*, 1889, p. 199, n. 2.

prétation auxquels on a recours en désespoir de cause, et qui équivalent à introduire une négation dans le texte.

Pour le rendre plus acceptable, on suppose que la proposition trop absolue d'Ulpien a été extraite d'un parallèle entre le fou et le prodigue. Le premier, étant dépourvu de toute raison, est complètement incapable, tandis qu'il n'est pas impossible au second de faire adition d'hérédité : c'est ce que disait sans doute Ulpien, et on cherche ainsi à faire admettre qu'il ait pu sous-entendre la condition du consentement à fournir par le curateur. Pour ma part, cet argument tout conjectural ne me touche pas. J'essaierai, en effet, de démontrer que, d'une façon générale, le prodigue ne pouvait pas faire, même avec le consentement de son curateur, les actes pour lesquels il était frappé d'incapacité (1).

D'autres interprètes pensent qu'il faut accepter le texte tel qu'il est, et reconnaître à l'interdit le droit de faire adition d'hérédité, en dehors de toute intervention du curateur. Ils voient là une décision toute spéciale, et l'expliquent par cette considération que l'adition d'hérédité, si préjudiciable qu'elle puisse être, n'est pas un acte auquel on se laisse entraîner par prodigalité (2).

Ils introduisent ainsi, dans la théorie de l'incapacité du prodigue, le principe d'une distinction dont on ne trouve trace nulle part. Les jurisconsultes ne recherchent jamais s'il s'agit d'un de ces actes qui, à raison de la prodigalité de leur auteur, sont plus particulièrement à craindre. S'ils

(1) V. *infrà*, p. 251 et s.

(2) Rudorff, *Vormundschaft*, I, p. 140, n. 51. Windscheid, *Pandect.*, III, § 596, n. 4. Demangeat, *Cours de droit romain*, I, 3e éd., p. 770, n. 2. Petit, *Traité élémentaire de droit romain*, 1892, p. 134.

s'étaient placés à ce point de vue, ils auraient restreint, bien plus qu'ils ne l'ont fait, le nombre des actes que le prodigue est incapable d'accomplir. On ne saurait donc admettre que le prodigue soit incapable de rendre sa condition pire et que cependant il puisse faire adition d'hérédité.

Dira-t-on, avec M. de Savigny, que l'adition faite par le prodigue sera sans effet, si l'hérédité est onéreuse (1)? La capacité du prodigue dépendrait ainsi de la question de savoir quelle est, dans l'hérédité, la proportion de l'actif et du passif.

Une telle théorie semble bien étrangère au droit romain. Aucun texte ne la confirme, et on ne voit pas comment le prodigue pourrait faire adition d'hérédité sans s'obliger envers les créanciers héréditaires, ni comment il s'engagerait envers les créanciers sans s'exposer au danger de l'insolvabilité.

Les auteurs qui pensent que le prodigue pouvait faire adition, sans le consentement de son curateur, se divisent sur la question de savoir s'il pouvait aussi répudier l'hérédité.

La plupart soutiennent que le droit de répudier lui appartenait aussi bien que le droit de faire adition (2) : c'est en effet un principe que la répudiation et l'adition impliquent les mêmes conditions de capacité (3), et d'ailleurs, celui qui répudie une hérédité n'aliène pas, au sens juridique du mot (4).

(1) SAVIGNY, *Système*, trad. Guenoux, III, p. 90, n. u. RIVIER, *Droit de famille romain*, p. 371.

(2) RUDORFF, *Vormundschaft*, II, p. 401, p. 410. GLÜCK, *Pandect.*, XXXIII, p. 9.

(3) Voy. les textes cités, p. 225, n. 1.

(4) PAUL, D. L, 16, *De verb. sign.*, 28 pr. : ... *qui occasione adquirendi*

Cette opinion peut être logique, mais elle est pratiquement très dangereuse. Il y a fort à craindre que le prodigue n'abuse de la faculté de répudiation qu'on veut lui donner, et on ne peut nier qu'il ne soit porté à en abuser précisément par les penchants contre lesquels l'interdiction a pour but de le protéger. Par exemple, ne se laissera-t-il pas déterminer par l'offre d'un prix vil que lui fera le cohéritier intéressé à la répudiation?

C'est pourquoi certains préfèrent admettre que le prodigue, tout en étant capable de faire adition, n'avait pas le droit de répudier sans le consentement du curateur (1). Ils écartent ainsi le plus grave inconvénient du système, mais au détriment de la logique.

On voit en somme que, faute de distinguer deux sortes d'interdiction, les auteurs n'arrivent pas à déterminer d'une manière satisfaisante la capacité des prodigues en matière d'adition d'hérédité et de répudiation. Ou bien ils méconnaissent le sens évident du texte, ou bien ils proposent des solutions qui ne sont ni théoriquement, ni pratiquement acceptables. Les difficultés inextricables que cette question soulève dans la doctrine communément admise ont, en faveur de la distinction que je propose, la force d'un argument très convaincant.

X. Le droit de tester ne donne pas lieu à autant de difficultés que le droit de faire adition. Les auteurs s'accor-

non utitur, non intelligitur alienare : veluti qui hereditatem omittit. — Il en serait autrement de la répudiation d'un legs : Ulpien, D. XXVII, 9, *De rebus eor.*, 5 § 8.

(1) Windscheid, *Pandect.*, III, § 599, n. 6.

dent très généralement à reconnaître que le prodigue ne pouvait pas faire de testament (1).

On peut se demander pourtant, dans le système que je défends, si l'incapacité de tester résultait également des deux systèmes d'interdiction. Les prodigues interdits *lege* ne pouvaient pas tester, parce qu'ils étaient privés du *commercium;* ceux que le magistrat mettait en curatelle étaient-ils atteints de la même incapacité?

On pourrait être disposé à répondre négativement. On tirerait argument, en ce sens, des deux textes d'Ulpien, déjà cités, où l'incapacité de tester n'est mentionnée qu'à propos de prodigues interdits *lege* (2). On se fonderait particulièrement sur le passage des Règles où le jurisconsulte justifie cette incapacité par une raison certainement inapplicable au nouveau système d'interdiction, l'absence du *commercium*. On ajouterait qu'il s'agissait pour la jurisprudence d'empêcher le prodigue de diminuer son patrimoine, que l'incapacité du prodigue fut, pour cette raison, restreinte aux actes qui rendent la condition pire, et que le testament est évidemment étranger à la classification des actes par lesquels on améliore ou on empire sa condition juridique. J'avoue que je me suis d'abord laissé convaincre par cette argumentation.

Toutefois, un examen plus attentif des sources m'a contraint de reconnaître que le système de la jurisprudence avait, comme celui de l'ancienne loi, enlevé au prodigue

(1) On a vu pourtant que, suivant d'anciens commentateurs, les prodigues seraient devenus capables de tester, lorsque de nouvelles formes testamentaires eurent remplacé le testament *per æs et libram.* GLÜCK, *Pandect.*, XXXIII, p. 381-382. V. *suprà*, p. 207.

(2) ULPIEN, XX, 13; D. XXVIII, 1, *Qui test. fac.*, 18 pr.

la capacité de tester. J'en trouve la preuve dans deux textes.

> ULPIEN, 39, *ad edictum*, D. XXXVII, 11, *De bonor. possess. sec. tab.*, 1 § 9. Si quis autem testamentum fecerit, deinde amiserit testamenti factionem, vel furore, vel quod ei bonis interdictum est, potest ejus peti bonorum possessio, quia jure testamentum ejus valet; et hoc generaliter de omnibus hujusmodi dicitur qui amittunt mortis tempore testamenti factionem, sed ante factum eorum testamentum valet.
>
> PAUL, *Sent.*, III, 4ᴬ § 12. Prodigus recepta vitæ sanitate ad bonos mores reversus et testamentum facere et ad testamenti solemnia adhiberi potest (1).

Nous lisons, dans le fragment d'Ulpien, que le testateur peut avoir perdu la *testamenti factio vel furore, vel quod ei bonis interdictum est;* et il ne semble pas qu'on puisse restreindre le sens de ces derniers mots aux prodigues interdits *lege*. A la vérité, il s'agit d'un fragment inséré au Digeste, et on pourrait suspecter l'interpolation. Mais le passage des Sentences de Paul me paraît tout à fait décisif. Nous y voyons que le prodigue est incapable de tester, du moins jusqu'à ce qu'il soit revenu à des mœurs meilleures; or nous retrouverons ce texte en traitant des causes qui peuvent mettre fin à la curatelle du prodigue, et j'essayerai alors de démontrer qu'il suppose précisément un prodigue mis en curatelle *exemplo furiosi*.

Toutefois, une difficulté subsiste. Comment expliquer que, dans le passage des Règles d'Ulpien, où se trouve

(1) V. aussi INST. JUST., II, 12, *Quib. non est permiss.*, § 2. *Item prodigus cui bonorum suorum administratio interdicta est testamentum facere non potest; sed id quod ante fecerit quam interdictio suorum bonorum ei fiat, ratum est.*

l'énumération des personnes incapables de tester, le prodigue interdit *lege* soit seul mentionné?

Pour répondre à cette question, il faut réfléchir à la différence essentielle qui existait entre l'incapacité du prodigue interdit *lege* et celle du prodigue mis en curatelle *exemplo furiosi*. Il y avait là, en réalité, deux incapacités de tester distinctes : l'une fondée sur le décret d'interdiction, portant déchéance du *commercium ;* l'autre résultant des mœurs du prodigue, comme d'une sorte de folie. Seule, la première présentait un caractère vraiment original, exclusivement propre à l'interdiction. La seconde dérivait d'une assimilation entre le prodigue et le fou. C'était, pour ainsi dire, une incapacité d'emprunt. Aussi s'explique-t-on qu'Ulpien ait mentionné expressément la première, et n'ait pas jugé à propos d'en faire autant pour la seconde. Du moment qu'il donnait place, dans son énumération, au fou, incapable de tester *quia mentem non habet*, il n'avait pas besoin d'y faire figurer aussi celui qui n'était incapable que parce qu'on le comparait à un fou.

Nous verrons d'ailleurs, à la fin de cette étude, qu'à la différence du prodigue interdit *lege*, le prodigue mis en curatelle par le magistrat recouvrait la capacité, indépendamment de toute intervention du magistrat, par cela seul qu'il changeait de manière de vivre (*recepta vitæ sanitate, ad bonos mores reversus*); et ainsi le testament qu'il avait pu faire, après la nomination du curateur, n'était pas aussi nécessairement nul que l'eût été celui d'un prodigue interdit *lege*. Il y avait à rechercher si, au moment de la confection du testament, l'incapacité n'avait pas disparu, par l'effet d'un changement de mœurs, et si par conséquent

le testament n'était pas valable. Au contraire, lorsqu'il s'agissait d'un prodigue interdit *lege*, le testament fait après l'interdiction ne pouvait, en aucun cas, produire effet, et cela peut nous expliquer qu'Ulpien ne parle de l'incapacité du prodigue, en matière de testament, que lorsque cette incapacité dérive du décret d'interdiction, prononcé conformément à la loi.

XI. Nous avons laissé de côté, dans l'étude des diverses incapacités que chaque système d'interdiction entraînait, les textes qui déclarent le prodigue incapable d'être témoin dans un testament. Il convient maintenant d'en dire un mot.

> Ulpien, 1, *ad Sabin.* : D. XXVIII, 1, *Qui testam. fac.*, 18 pr. Is cui lege bonis interdictum est testamentum facere non potest... (V. *suprà*, p. 205-206). Merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi poterit, cum neque testamenti factionem habeat.
>
> Paul, *Sent.*, III, 4ᵃ § 12 (V. *suprà*, p. 230).

C'est une question de savoir à quel principe cette incapacité doit être rattachée.

Le plus habituellement, on la présente comme une conséquence de la déchéance du *commercium* prononcée par le magistrat (1), et il semble qu'Ulpien l'envisage ainsi, lorsqu'il nous dit : *merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi poterit, cum neque testamenti factionem habeat.*

Pourtant ce point de vue ne me paraît pas exact. Le prodigue, atteint par la formule *ea re commercioque interdico*, ne perdait pas d'une manière absolue la *factio testamenti;*

(1) Glück, *Pand.*, XXXIV, p. 318. Windscheid, *Pand.*, III, § 542, n. 9.

il n'avait pas le droit de tester, mais il pouvait être institué héritier. Il conservait ce qu'on appelle la *factio testamenti* passive. Or c'est un principe que toutes les personnes qui ont la *factio testamenti* avec le testateur, celles en faveur de qui il peut disposer, peuvent jouer le rôle de témoin. Peu importe qu'elles n'aient pas elles-mêmes le droit de faire un testament. *Testes autem adhiberi possunt hi, cum quibus testamenti factio est* (1). Ce principe comporte des exceptions : *sed neque mulier, neque impuber..... neque furiosus, nec cui bonis interdictum est..... possunt in numero testium adhiberi* (2) ; et l'une de ces exceptions concerne précisément le prodigue interdit. Comment donc se justifie-t-elle ?

Dans la doctrine généralement admise, qui règle la condition du prodigue d'après celle du pupille, on explique par ce principe d'analogie que l'incapacité d'être témoin ait atteint le prodigue, comme elle atteignait le pupille lui-même. Pour nous, qui posons au contraire en principe l'analogie du prodigue avec le fou, nous pourrions dire, semble-t-il, que le fou ne pouvant pas être témoin, le prodigue dut nécessairement être frappé de la même incapacité.

Cela ne serait pourtant pas exact. Le prodigue n'est traité comme fou que d'une manière toute relative, en tant qu'il fait des actes par lesquels il pourrait s'appauvrir. Toute idée de folie doit être écartée, lorsque le fait dont il s'agit ne peut compromettre en rien la conservation du patrimoine : ce qui est évidemment le cas.

La règle dont nous cherchons l'explication ne dérive

(1) (2) Inst. Just., II, 10, *De test. ordin.*, 6.

donc ni de l'ancien décret, ni de l'assimilation qui finit par être admise entre la prodigalité et la folie. Elle n'appartient en réalité à aucun des deux systèmes d'interdiction.

Nous avons vu que, dès les temps les plus anciens, les mœurs (*mores*) flétrissaient le chef de famille qui dilapidait son patrimoine. Son honneur était entaché, et de là résultaient certaines incapacités qu'on tenterait vainement de rattacher à l'une ou à l'autre des deux théories que nous avons développées (1). Là est l'origine de la règle qui empêchait l'interdit de figurer comme témoin dans un testament (2).

XII. On peut se demander s'il n'y a pas, dans la condition juridique du prodigue, d'autres particularités auxquelles cette explication convienne, et je suis assez porté à penser que les prodigues étaient, pour la même raison, incapables d'être tuteurs ou curateurs.

C'est là une incapacité dont les textes ne parlent pas. Mais comment serait-il possible de croire que le droit de gérer une tutelle ou une curatelle ait jamais pu appartenir à ceux que le préteur jugeait incapables d'administrer leur propre fortune? Leur incapacité, à cet égard, ne paraît pas douteuse (3). Ne doit-on pas y voir une conséquence,

(1) *Suprà*, p. 88, 89.

(2) M. Ubbelohde explique cette règle en disant qu'elle ne saurait être rattachée à la privation du *commercium* et de la *factio testamenti*, mais qu'elle est simplement un précepte de convenance : *Ein Zweckmässigkeitsvorschrift* (*Grünhut's Zeitschr.*, IV, p. 677-678). C'est aussi, en d'autres termes, ce que je soutiens.

(3) Rudorff, *Vormundschaft*, II, p. 21. Windscheid, *Pandect.*, § 434, n. 10. — On peut citer les rescrits impériaux qui exigèrent que le fils fût appelé à gérer la curatelle de son père, prodigue ou fou, à la condi-

admise par la coutume, du déshonneur que l'interdiction entraînait?

Ce déshonneur avait, à l'origine, d'autres suites qui ont été déjà signalées : la défense de prendre la parole dans les comices, et les déchéances qui pouvaient tenir à la *nota censoria*, si les censeurs intervenaient (1). Mais, lorsque le régime républicain eut fait place à l'empire, ces diverses incapacités disparurent avec les anciennes assemblées politiques et avec l'institution de la censure. Aussi les textes de l'époque impériale n'en font-ils aucune mention.

Le prodigue interdit conservait d'ailleurs tous ses droits dans la cité et dans la famille. Notamment, il restait libre de contracter mariage, et il ne perdait aucun des droits qu'il pouvait avoir, comme père, sur les enfants soumis à sa puissance. On a soutenu qu'il ne lui était plus permis d'émanciper ses enfants (2). C'est une opinion que rien ne justifie. Un texte de Tryphoninus démontre que les enfants de l'interdit pouvaient être émancipés (3).

XIII. L'étude des actes que le prodigue était incapable d'accomplir nous a révélé les profondes différences qui séparaient, à ce point de vue, les deux systèmes d'interdiction. Mais il faut reconnaître que, dès la fin de l'époque

tion toutefois qu'il ne fût pas lui-même prodigue : *Si sobrie vivat.* Ulpien, D. XXVI, 5, *De tut. et cur. dat.*, 12 § 1. Voy. aussi C. J., V, 30, *De leg. tut.*, 5.

(1) V. *suprà*, p. 88, 89.

(2) A. Favre, *Jurispr. Papinian.*, XIII, 3, 13.

(3) D. XXVII, 10, *De cur. fur.*, 16, § 2. Je donnerai l'explication de ce texte dans un article que la *Nouvelle Revue historique de droit* doit publier dans un des premiers fascicules de 1892.

classique, ces différences s'atténuèrent et tendirent à disparaître.

Ce fut l'effet du célèbre sénatusconsulte qui, sous le règne de Septime Sévère, défendit aux tuteurs et aux curateurs d'aliéner certains immeubles, *prædia rustica vel suburbana* (1). La disposition du sénatusconsulte, que des constitutions ultérieures complétèrent, fut étendue par la jurisprudence aux personnes placées en tutelle et en curatelle. Ces personnes devinrent elles-mêmes incapables d'aliéner, et ainsi l'incapacité des prodigues interdits *lege* cessa d'être exclusivement limitée aux *bona paterna avitaque*. Le principe nouveau dut, en effet, s'appliquer sans distinction à tous les prodigues qui avaient des curateurs, et mettre dans tous les cas obstacle à l'aliénation des biens désignés dans la loi, quelle qu'en fût la provenance. C'était un acheminement à l'adoption d'une règle uniforme.

XIV. Pour établir l'unité en cette matière, Justinien généralisa le régime d'incapacité fondé sur une fiction de folie : c'est en effet, à ce régime que se rapportent presque tous les textes que nous avons eu l'occasion de citer, dans la compilation de cet empereur. Toutefois nous avons rencontré au Digeste certains fragments qui, manifestement, appartiennent au système des Douze-Tables. Ce sont ceux qui concernent la capacité de tester et celle de faire adition d'hérédité. Le droit de Justinien n'est donc pas, en matière d'interdiction, parfaitement homogène. D'une façon générale, il reproduit la théorie édifiée par les Prudents sur cette idée que le prodigue ne jouit pas de sa raison; mais,

(1) D. XXVII, 9, *De rebus eorum qui sub tut. vel cura.*

pour ce qui regarde la *factio testamenti,* il procède d'une théorie plus ancienne.

Cette observation est, relativement au droit de tester, sans importance pratique, si du moins on admet, comme nous l'avons fait, que, dans les deux systèmes d'interdiction, le prodigue était incapable de faire un testament. Mais, il n'en était pas de même du droit de faire adition d'hérédité. Ce droit appartenait seulement aux prodigues interdits *lege*. Or le texte d'Ulpien qui autorise expressément les prodigues interdits *lege* à faire adition, a trouvé place au Digeste. C'est un emprunt que le législateur a fait à l'ancienne théorie.

Cette décision n'est guère d'accord avec l'ensemble du système, consacré par Justinien, et on comprend qu'elle ait fort embarrassé les interprètes. Il ne faut pas songer à l'expliquer rationnellement. C'est un fragment d'une théorie détruite, que les compilateurs ont recueilli et qu'ils ont adapté, tant bien que mal, à la théorie des Prudents. Il est toujours vrai de dire que le prodigue est réputé fou, toutes les fois qu'il fait un acte qui tend à l'amoindrissement du patrimoine; et cependant il demeure capable de faire adition d'hérédité, alors même que les dettes héréditaires seraient supérieures à l'actif; il demeure capable aussi de répudier, si préjudiciable que puisse être pour lui la répudiation. Ces solutions sont peu conformes à l'*elegantia juris :* mais, pour l'époque du Bas-Empire, il n'y a pas lieu d'en être surpris.

On peut seulement se demander pourquoi le législateur byzantin crut devoir introduire ainsi, dans un système d'interdiction emprunté à l'œuvre jurisprudentielle, des matériaux d'une plus ancienne provenance. Je me borne

à poser ici la question. Elle se résoudra d'elle-même, j'espère du moins le démontrer, lorsque nous rechercherons s'il entrait dans les fonctions du curateur de donner son consentement au prodigue (1).

(1) *Infrà*, p. 260-261.

II.

De la nullité des actes faits par le prodigue. Était-elle sanctionnée par le droit civil, ou par le droit prétorien?

I. *Doctrine de M. Ubbelohde sur le caractère exclusivement prétorien de l'incapacité des prodigues mis en curatelle par le magistrat.* — II. *Il faut admettre que le nouveau système d'interdiction reposait sur un principe de droit civil.* — III. *Réfutation par les textes de la doctrine contraire.*

I. J'ai essayé de déterminer les actes que le prodigue interdit était incapable de faire, et j'ai toujours supposé que l'incapacité résultant de l'interdiction entraînait de plein droit la nullité de ces actes. M. Ubbelohde a soutenu, pour ce qui concerne les prodigues soumis à la curatelle dative, une thèse contraire, que je me propose maintenant d'examiner.

D'après le savant professeur de Marbourg, l'incapacité du prodigue interdit *lege* était seule sanctionnée par le droit civil. Le prodigue mis en curatelle par le magistrat n'était incapable qu'aux yeux du préteur. Il pouvait faire valablement, *jure civili,* les actes mêmes qui tendaient à diminuer son patrimoine; le préteur seul mettait obstacle à leur efficacité (1).

Cette idée a, dans le système proposé par l'éminent romaniste, une importance capitale. Suivons-la dans son application aux plus importants des actes que le prodigue

(1) Ubbelohde, *l. c.: Grünhut's Zeitschr.*, IV, p. 679 et s.

n'avait pas le droit de faire : aliénations, promesses, testament.

Le prodigue faisait-il un acte d'aliénation : il transférait le *dominium ex jure quiritium*, mais il conservait l'*in bonis;* par conséquent, s'il était actionné en revendication par l'acquéreur, il pouvait le repousser par une exception, et s'il n'avait plus la chose en sa possession, il intentait l'action publicienne avec succès, grâce à la réplique qu'il opposait à l'*exceptio justi dominii* (1).

De même, s'il faisait une promesse, il était tenu *jure civili;* mais une exception lui était donnée pour écarter la poursuite du créancier, et en cas de paiement fait par erreur, il avait la *condictio indebiti* (2).

Enfin la *factio testamenti* lui appartenait, mais le préteur ne lui en laissait pas les avantages pratiques. Sa condition était, en cette matière, régie par les trois principes suivants : 1° il avait le droit de faire adition d'hérédité, mais l'adition pouvait être rescindée sur la demande du curateur; 2° il avait le droit de tester, mais la *bonorum possessio* était refusée à l'héritier institué dans le testament; 3° il pouvait jouer le rôle de témoin dans un testament fait d'après les règles du droit civil; il ne le pouvait pas, dans un testament prétorien (3).

D'après M. Ubbelohde, cette opposition entre le principe du droit civil et la pratique prétorienne durait encore à la fin de l'époque classique, mais elle devait finir par disparaître. Dès le règne de Septime Sévère, le célèbre sénatus-consulte qui défendit aux tuteurs et aux curateurs d'aliéner

(1) Id., *l. c.*, p. 681.
(2) Id., *l. c.*, p. 684 et s.
(3) Id., *l. c.*, p. 692-693.

les *prædia rustica vel suburbana* entraîna cette conséquence, que les prodigues mis en curatelle par le magistrat devinrent eux-mêmes incapables, *jure civili*, d'aliéner les biens de cette nature. Puis les derniers progrès du droit romain, qui tendirent à supprimer toute différence pratique entre les institutions civiles et les institutions prétoriennes, entre le *dominium* et l'*in bonis*, entre l'hérédité et la *bonorum possessio*, réduisirent de plus en plus à une pure abstraction la capacité que le droit civil reconnaissait encore aux prodigues interdits en dehors des conditions déterminées par la loi. Lorsque Justinien accomplit son œuvre législative, l'évolution était achevée, et les compilateurs effacèrent, dans les textes des anciens jurisconsultes, tout ce qui rappelait en cette matière le conflit du droit prétorien et du droit civil (1).

II. Je crois, pour ma part, que ce conflit n'a jamais existé, et que les deux sortes d'interdiction qu'il faut distinguer appartenaient également au droit civil. L'une dérivait de l'ancienne loi, et l'autre d'une coutume plus récemment établie ; mais dans tous les cas, et de quelque manière qu'il fût interdit, le prodigue était incapable *jure civili*.

Il est vrai que, dans le nouveau système d'interdiction, c'était le préteur qui organisait la curatelle ; mais il ne s'ensuit évidemment pas que l'incapacité du prodigue fût sanctionnée seulement *jure prætorio*. Personne ne prétendra, sans doute, que, dans toute curatelle ou dans

(1) Id., *l. c.*, p. 708 et s.

toute tutelle dative, le régime d'incapacité fût exclusivement prétorien. La seule raison qui peut porter à caractériser ainsi l'incapacité du prodigue soumis à la curatelle dative, c'est que cette incapacité reposait sur l'assimilation de la prodigalité à la folie, c'est-à-dire sur une fiction que le préteur lui-même avait imaginée pour s'attribuer le droit de donner des curateurs à ceux que la loi ne protégeait pas.

C'est en effet le préteur qui étendit à de nouvelles catégories de prodigues la protection de la curatelle; mais le procédé qu'il employa pour atteindre ce but impliquait-il une contradiction entre le droit civil et le droit prétorien? Là est toute la question. Or, nous avons vu que le préteur se garda bien de se mettre ostensiblement en opposition avec la loi. S'il recourut à une fiction de folie, ce fut précisément parce qu'il ne voulait pas paraître créer une nouvelle classe d'incapables. Il se borna simplement à constater chez ceux qu'il mettait en curatelle ce genre d'incapacité qui tient à l'absence de raison, et qui, étant conforme à la nature des choses, ne saurait être méconnu par le droit civil. C'est de même qu'il donna des curateurs aux *mente capti;* or, pourrait-on soutenir que l'incapacité du *mente captus* n'était pas reconnue par le droit civil?

Que la folie du prodigue ne soit pas réelle, qu'il s'agisse seulement d'une fiction, peu importe. N'est-ce pas aussi sur une fiction de folie qu'était fondée la *querela inofficiosi testamenti,* et cette action n'était-elle pas incontestablement civile? Nous avons déjà rapproché ces deux institutions. L'idée commune qui leur sert de base nous est apparue comme une création de la jurisprudence. C'est un de ces principes que la science des Prudents introduisit dans

le droit, et qui faisaient partie intégrante du *jus civile*, comme étant l'œuvre de la raison appliquée à l'interprétation de la loi.

III. Pour décider entre la thèse de M. Ubbelohde et celle que je défends ici, il faut remonter aux sources. Leur témoignage n'est point favorable à la conception d'une incapacité purement prétorienne des prodigues. Dans tous les textes où sont mentionnés les actes que l'interdit était incapable de faire, ils le sont d'une façon qui ne permet pas de supposer qu'ils eussent plus d'efficacité d'après le droit civil que d'après le droit prétorien. M. Ubbelohde soutient que tous ces textes ont dû être interpolés par les compilateurs, et que, malgré ces interpolations, ils contiennent encore maints vestiges de l'ancienne capacité reconnue par le droit civil aux prodigues que le préteur mettait en curatelle. Voyons si cette thèse est vraiment justifiée.

Si l'on se reporte d'abord au principe général formulé par Ulpien, D. XLV, 1, *De verb. oblig.*, 6 (*is cui bonis interdictum est... tradere vero non potest vel promittendo obligari*), on reconnaîtra qu'il ne s'y trouve pas la moindre allusion à la prétendue capacité d'aliéner et de s'obliger que le droit civil aurait consacrée.

M. Ubbelohde entend les mots *tradere non potest, obligari non potest,* en ce sens que l'interdit ne pouvait pas faire une tradition ou une promesse « qui fût véritablement efficace », à raison de l'obstacle qu'y apportait le droit prétorien. Il ajoute que le fragment d'Ulpien a dû être altéré par les compilateurs, et que le texte primitif restreignait sans doute au droit prétorien le principe de l'incapacité du

prodigue, en disant par exemple : *tradere jure prætorio non potest* (1). De ces deux explications, la première force le sens des mots; la seconde est purement conjecturale. Toutes deux sont également inconciliables avec la suite du texte d'où il résulte que la promesse d'un prodigue est nulle à ce point qu'elle ne peut pas plus que celle d'un fou être garantie par un fidéjusseur. *Et ideo nec fidejussor pro eo intervenire poterit sicut nec pro furioso.*

Les autres textes qu'invoque M. Ubbelohde ou qui peuvent lui être opposés se réfèrent soit aux aliénations, soit aux promesses, soit enfin au testament du prodigue.

A. — J'en citerai d'abord trois, concernant l'effet d'une tradition faite par un prodigue.

> Ulpien, 16, *ad edictum :* D. XXVII, 10, *De cur. fur.*, 10. Julianus scribit, eos quibus per prætorem bonis interdictum est, nihil transferre posse ad aliquem, *quia in bonis non habeant*, cum eis deminutio sit interdicta.

M. Ubbelohde argumente des mots *quia in bonis non habeant.* Il faudrait traduire : « attendu que le prodigue n'a pas le droit de disposer de la propriété prétorienne (2). »

Ce serait là, objecterai-je, une singulière façon d'exprimer que l'aliénation faite par le prodigue est nulle seulement *jure prætorio.* Ulpien dit textuellement : « attendu que l'interdit n'a pas la chose *in bonis* ». Or n'est-ce pas plutôt le contraire qu'il faudrait dire pour rendre exactement l'idée qu'on prête au jurisconsulte, puisque, d'après

(1) Ubbelhode, *l. c.*, p. 689.
(2) Id., *l. c.*, p. 682.

cette idée, le prodigue qui aliène transférerait le *dominium* et conserverait l'*in bonis?*

En réalité, les mots *quia in bonis non habeant* ne font ici aucune allusion à la distinction de la propriété civile et de la propriété prétorienne. Ils signifient simplement que, par l'effet de l'interdiction, les biens du prodigue sont réputés ne plus lui appartenir, et que le droit d'en diposer est perdu pour lui. C'est la contre-partie de cette autre proposition, formulée dans plusieurs textes, que les tuteurs et curateurs, ayant le droit d'aliéner les biens qui appartiennent aux personnes en tutelle ou en curatelle, en sont pour ainsi dire propriétaires (1).

> POMPONIUS, 17, *ad Sabin.* : D. XVIII, 1, *De contrah. empt.*, 26. Si sciens emam ab eo, cui bonis interdictum sit, vel cui tempus ad deliberandum de hereditate ita datum sit, ut ei deminuendi potestas non sit, dominus non ero.....

Ce second texte nous prouve que, si un prodigue vend et fait tradition à un acheteur de bonne foi, celui-ci pourra usucaper. D'où il résulte bien, dit M. Ubbelohde, que la vente et la tradition ne sont pas radicalement nulles. Si elles peuvent servir de base à l'usucapion, c'est qu'elles sont valables *jure civili* (2).

Il suffit de répondre que la solution serait la même si le vendeur était fou (3). En conclura-t-on que le fou était,

(1) GLÜCK, *Pandect.*, XXXIII, p. 189, n. 33. RUDORFF, *Vormundschaft*, I, p. 137, n. 39. — V. *suprà*, p. 214.

(2) UBBELOHDE, *l. c.*, p. 682-683.

(3) PAUL, D. XLI, 3, *De usurp.*, 13 § 1; D. XLI, 4, *Pro empt.*, 2 § 16. — Voy. APPLETON, *Histoire de la propriété prétorienne*, I, p. 408-409.

d'après le droit civil, capable d'aliéner? Dans les deux cas, il s'agit d'un titre putatif que les jurisconsultes déclarent, *utilitatis causa,* suffisant pour l'usucapion.

> Ulpien, 2, *Disputation.* : D. XII, 6, *De condict. indeb.*, 29. Interdum persona locum facit repetitioni : ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate, vel furiosus, vel is cui bonis interdictum est, solverit : nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur : et, *si quidem extant nummi, vindicabuntur.* Consumptis vero, condictio locum habebit.

Il s'agit, dans ce troisième texte, d'un prodigue qui a fait un paiement; si la chose qu'il a livrée existe encore en nature, il pourra la revendiquer : *nummi vindicabuntur.* Cette décision montre bien que, malgré la tradition qu'il a faite, il est resté propriétaire, et propriétaire d'après le droit civil, puisqu'il a la revendication.

M. Ubbelohde suppose qu'il s'agissait ici, non de la revendication proprement dite, mais d'une *vindicatio utilis,* et que les rédacteurs du Digeste ont effacé la mention qui en était faite (1). Mais la façon dont le texte est conçu rend cette nouvelle conjecture tout à fait inadmissible. Le jurisconsulte rend une décision commune au pupille qui a payé sans l'*auctoritas* du tuteur, au fou et à l'interdit. C'est à ces trois sortes d'incapables qu'il permet d'intenter la revendication. Or pour ce qui est du pupille et du fou, il s'agit incontestablement de la *rei vindicatio,* et par conséquent il n'est pas possible de voir dans le mot *vindicabuntur* une allusion à la *vindicatio utilis,* ni de supposer que

(1) V. Ubbelohde, *l. c.*, p. 681, n. 23.

les compilateurs aient fait disparaître certains mots qui auraient expressément donné à l'action le caractère d'une revendication utile.

B. — Pour ce qui concerne l'incapacité de s'obliger, M. Ubbelohde s'appuie principalement sur deux textes que nous avons déjà rencontrés.

Le premier est un rescrit de Dioclétien qui annule le contrat de vente fait par un mineur de vingt-cinq ans pourvu de curateur (*hunc contractum servari non oportet*), et qui fonde cette décision sur l'analogie existant entre la condition des mineurs et celle des prodigues mis en curatelle par le magistat. C. J., II, 22, *De in. integr. restit.*, 3 (1).

Comment conclure de là que le droit prétorien admettait seul l'incapacité de ce genre de prodigues? Les mots *contractum servari non oportet* impliquent-ils donc qu'il s'agit d'un contrat nul d'après le droit prétorien? On ne saurait le prétendre. Rien n'empêche d'appliquer cette expression à un contrat nul *jure civili*. Seulement M. Ubbelohde soutient que les mineurs de vingt-cinq ans placés en curatelle étaient eux-mêmes frappés d'une incapacité que ne connaissait pas le droit civil, et il en trouve la preuve dans certaines dispositions concernant cette catégorie de personnes (2).

Qu'on me permette d'écarter pour le moment cet ordre de considérations. Je ne puis aborder ici la difficile question de l'incapacité des mineurs. J'y reviendrai dans un pro-

(1) V. *suprà*, p. 184. Ubbelohde, *l. c.*, p. 684.

(2) C'est ainsi qu'il explique ce fragment de Modestin, D. XLV, 1, *De verb. oblig.*, 101 : *Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.* Il s'agirait ici du principe de capacité, admis par le droit civil, mais paralysé par le droit prétorien.

chain volume, et j'espère démontrer que l'idée d'une incapacité purement prétorienne ne peut pas plus être admise pour les mineurs de vingt-cinq ans que pour les prodigues.

Le second texte est ce fragment de Pomponius, où il est dit que « la novation faite par un prodigue est nulle, à moins qu'elle ne rende la condition meilleure. » D. XLVI, 3, *De novat.*, 3. Cette décision soulève des difficultés que j'ai déjà essayé de résoudre (1). D'après M. Ubbelohde, on ne pourrait l'expliquer qu'en tenant la novation pour valable *jure civili* et nulle *jure prætorio*. On devrait admettre que, la novation étant valable *jure civili*, l'ancienne créance périt, et que le préteur lui rend la vie *rescissa novatione*, sur la demande du curateur ou du prodigue, mais qu'il n'accorde ainsi la rescision de l'usucapion que si le prodigue n'a pas acquis, par l'effet de la stipulation novatoire, un droit aussi avantageux que l'ancien (2).

L'argument fondé sur ce texte paraît à M. Ubbelohde le plus probant de tous. Il n'aurait quelque force que si la proposition de Pomponius était réellement inexplicable, en dehors du système de l'incapacité prétorienne ; mais nous savons qu'elle ne l'est pas. J'ai tenté de préciser, d'une manière qu'il est inutile de rappeler, le sens de cette proposition, et j'ai ainsi réfuté par avance l'argument qu'on en tire.

Ajoutons seulement que, si l'interprétation proposée était exacte, le jurisconsulte se serait exprimé d'une façon vraiment bizarre. Il s'agissait, d'après M. Ubbelohde, de dire ceci : « le prodigue a le droit de faire une novation, mais la novation valablement faite peut être rescindée par le

(1) V. *suprà*, p. 221-224.
(2) Ubbelohde, *l. c.*, p. 690.

préteur, si la créance nouvelle n'équivaut pas à l'ancienne. » C'est pour rendre cette idée que Pomponius aurait dit : « le prodigue n'a pas le droit de nover, excepté si la novation lui donne une créance préférable à l'ancienne. » Il eût été bien étrange de poser ainsi en principe l'impossibilité de nover, si, comme on le prétend, la capacité eût été la règle.

C. — Les textes qui régissent en matière testamentaire l'incapacité du prodigue, ne sont pas plus favorables que les précédents à la thèse que j'examine.

Ils disent bien que le testament du prodigue interdit *lege* était nul *ipso jure* (1), mais ce n'est pas une raison pour en conclure, *a contrario*, qu'une telle nullité n'atteignait pas le testament du prodigue mis en curatelle par le magistrat.

Il n'y a pas à insister non plus sur un autre argument, tiré de l'expression *ratum est*, qu'emploient les Institutes (2) à propos de l'incapacité de tester dont le prodigue était frappé. M. Ubbelohde suppose que ce passage a été emprunté par Justinien à un ancien jurisconsulte (3), et cela est possible ; mais on jugera bien hasardé de conclure du simple mot *ratum est*, que le préteur admettait seul la nullité du testament.

J'invoquerai en sens contraire le passage des Sentences

(1) Ulpien, D. XXVIII, 1, *Qui test. fac.*, 18 pr. — Ubbelohde, *l. c.*, p. 692.

(2) Inst. Just., II, 12, *Quibus non est permissum fac. test.*, § 2. *Item prodigus cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest : sed id quod ante fecerit, quam interdictio suorum bonorum ei fiat, ratum est.*

(3) Ubbelohde, *l. c.*, p. 692, n. 46.

de Paul où il est question de la double incapacité de tester et d'être témoin dans un testament [1]. Ce texte se réfère certainement à des prodigues mis en curatelle par le magistrat. Or nous y trouvons la preuve qu'ils étaient, d'une manière générale, incapables de tester et d'être témoins, et qu'il n'y avait à cet égard aucune distinction à faire entre le droit prétorien et le droit civil. Preuve d'autant plus concluante qu'il est ici impossible de recourir à l'hypothèse d'une interpolation de Tribonien.

En somme, l'idée d'une incapacité purement prétorienne ne trouve aucun appui dans les textes. Elle est assurément ingénieuse, et M. Ubbelohde en a très habilement tiré parti, nous le verrons bientôt, pour la solution de plusieurs difficultés très délicates qu'il nous reste à examiner [2]. Mais elle n'en doit pas moins être écartée.

C'est la seule partie du système proposé par M. Ubbelohde qu'il me paraisse nécessaire de sacrifier. C'est elle qui a dû nuire au succès de ce système. Il est permis en effet de s'étonner que le principe de la distinction des deux sortes d'interdiction, si magistralement démontré par l'éminent professeur, n'ait pas obtenu jusqu'à ce jour les adhésions qui auraient dû l'accueillir [3], et je me demande si l'hypothèse trop peu justifiée d'une incapacité prétorienne n'est pas le point faible qui a tout compromis.

(1) PAUL, *Sent.*, III, 4ᴬ § 12. *Suprà*, p. 230.

(2) V. *infrà*, p. 257-258, 290-291, 309-310.

(3) Voici ce que M. Ubbelohde m'écrivait, il y a quelques mois : « Sie sind, sowie ich weiss, der erste welcher meiner Unterscheidung zwischen der *interdictio lege*, gewäss der von der 12 Tafeln gebilligten alten Sitte (*moribus*), und der jungern *interdictio prodigi quasi furiosi* angenommen hat. »

III.

Le prodigue pouvait-il agir avec le consentement du curateur?

I. *Dans les deux systèmes d'interdiction, cette question était résolue négativement, pour des raisons différentes.* — II. *Examen et réfutation de l'opinion contraire. Objections tirées de l'analogie que présentait le prodigue avec un pupille ou un mineur de vingt-cinq ans, et des principes généraux admis en matière de curatelle.* — III. *Du cas où un prodigue, mis en curatelle* exemplo furiosi, *était appelé à faire adition d'hérédité. Controverse entre les jurisconsultes romains.*

IV. *Dans le droit de Justinien, la règle, jadis commune aux deux systèmes d'interdiction, subsiste toujours. C'est sans doute afin d'écarter l'inconvénient qu'elle présentait, dans le cas où le prodigue avait à faire adition d'hérédité, que Justinien a donné au prodigue le droit de faire adition.*

I. Le prodigue pouvait-il faire, avec le consentement de son curateur, les actes que l'interdiction le rendait incapable d'accomplir?

Cette question est discutée par les interprètes. Il faut, à mon avis, y répondre négativement, aussi bien pour l'un que pour l'autre des deux systèmes d'interdiction.

En ce qui concerne les prodigues interdits *lege*, la formule du décret qui leur enlevait le pouvoir d'agir relativement aux *bona paterna avitaque*, ne faisait aucune réserve pour le cas où le curateur leur donnerait son consentement; elle créait ainsi une incapacité que l'intervention d'aucune personne ne devait pouvoir effacer. D'ailleurs, l'idée même qu'on doit se faire de l'ancienne

interdiction ne permettrait guère de concevoir que le curateur eût à consentir aux actes faits par le prodigue : pour les *bona paterna avitaque*, la faculté d'en disposer appartenait au curateur seul, comme s'il en avait acquis la propriété, et par conséquent il n'y avait pas d'utilité, pour l'administration de ces biens, à mettre en avant la personne du prodigue; pour tout ce qui était étranger aux *bona paterna avitaque*, le prodigue restait pleinement capable, et à ce point de vue, le consentement du curateur eût été tout à fait superflu.

Le prodigue mis en curatelle *exemplo furiosi* était, pour une autre cause, soumis au même principe. Incapable de faire certains actes, comme s'il eût été atteint de folie, il ne pouvait pas plus que le fou être habilité par le consentement du curateur à les accomplir.

La double solution que je propose ne s'appuie pas seulement sur les idées générales où nous avons reconnu la base des deux systèmes d'interdiction. Elle est en parfaite conformité avec les textes. C'est toujours en termes absolus que les jurisconsultes parlent, soit de la capacité d'agir qui appartient au prodigue, soit de l'incapacité dont il est frappé. Ils ne relèvent nulle part cette circonstance, que le prodigue aurait agi seul ou avec le consentement du curateur (1). Plusieurs fragments du Digeste nous montrent le curateur agissant lui-même, dans l'intérêt du prodigue (2); il n'en est pas un seul qui le représente faisant agir

(1) Voy. les nombreux textes déjà cités, et surtout : Ulpien, D. XXVII, 10, *De cur. fur.*, 10 pr.; D. XXIX, 2, *De acq. v. omit. her.*, 5 § 1; D. XLV, 1, *De verb. oblig.*, 6. Pomponius, XLVI, 2, *De novat.*, 3.

(2) Gaius, D. II, 14, *De pactis*, 28 § 1. Ulpien, D. XLIV, 4, *De dol. mal. et met. exc.*, 4 § 25.

le prodigue. Ce genre d'intervention du curateur est absolument étranger aux sources; ce sont les interprètes qui l'ont imaginé.

II. Beaucoup d'auteurs pensent pourtant que le curateur pouvait faire agir le prodigue, en lui donnant son consentement[1]. Ils posent en règle générale qu'il entrait dans les fonctions de tout curateur de donner son *consensus* à l'incapable, de même qu'il appartenait au tuteur de compléter, au moyen de l'*auctoritas*, la capacité du pupille. Cette règle n'aurait admis d'exception que dans le cas où un obstacle, tel que la folie, rendait impossible toute participation de l'incapable à un acte juridique. Aussi devrait-elle, malgré le silence des textes, être appliquée à la curatelle du prodigue. Cette application du principe serait d'ailleurs justifiée par des raisons particulières à ce genre de curatelle : on insiste en effet sur l'analogie que les prodigues présentent, soit avec les pupilles, soit avec les mineurs de vingt-cinq ans, et on en conclut que leur incapacité devait, comme celle des pupilles ou des mineurs, être de nature à disparaître par l'intervention de celui qui avait mission de veiller sur leurs intérêts.

Il s'agit de répondre à cette argumentation.

(1) Glück, *Pandect.*, XXXIII, p. 251-255. Windscheid, *Pandect.*, I, § 71, n. 10. Schulin, *Gesch. des röm. Rechts*, p. 199. Accarias, *Précis*, I, 4e éd., p. 442. May, *Éléments de droit romain*, 1889, I, p. 221-222. Petit, *Traité de droit romain*, 1892, p. 134. Parmi les auteurs qui reconnaissent au contraire que la théorie du *consensus curatoris* est étrangère à la curatelle du prodigue, citons Rudorff, *Vormundschaft*, I, p. 141, II, p. 270 et s.; Labbé, sur Ortolan, *Explic. histor. des Inst.*, Append. VII; Gérardin, *La tutelle et la curatelle dans l'ancien droit romain* (*Nouv. Rev. hist. de droit*, 1889, p. 11-12).

Tout d'abord, pour ce qui est de l'analogie qui existerait entre la condition du prodigue et celle du pupille, nous savons ce qu'il en faut penser (1). Le seul texte où l'on rencontre ce rapprochement (2), constate simplement que le prodigue, comme le pupille, pouvait rendre sa condition meilleure : ce qui, en effet, n'est pas contestable. Mais il n'y est pas dit que le prodigue puisse, avec le consentement du curateur, faire les actes qui rendent la condition pire.

Pour se convaincre de la différence qui existait, à cet égard, entre le pupille et le prodigue, il suffit de rapprocher les textes qui les concernent l'un et l'autre : on verra qu'ils ne mentionnent pas une seule fois, à propos du prodigue, le consentement ou l'absence de consentement du curateur, et qu'ils relèvent au contraire à chaque instant, lorsqu'il s'agit d'un pupille, le fait de l'intervention ou de l'abstention du tuteur, comme la circonstance essentielle d'où dépend la nullité ou la validité de l'acte (3). Le contraste est surtout saisissant lorsque, dans un même texte où il est à la fois question du prodigue ou du pupille, nous lisons que le premier a agi avec ou sans l'*auctoritas* du tuteur, alors qu'il n'est fait pour le second aucune mention correspondante (4).

La comparaison qu'on établit entre le prodigue et le

(1) V. *suprà*, p. 168-175.

(2) Ulpien, D. XII, 1, *De reb. cred.*, 9 § 7.

(3) Il me paraît superflu de citer ici les textes innombrables où il est dit que le pupille agit avec ou sans l'*auctoritas* du tuteur. Voy. Gaius, II, 80, 83, 84; III, 107; Instit., I, 21 pr.; III, 19 § 9; etc., etc.

(4) V. notamment Ulpien, D. XLVI, 1, *De fidejuss.*, 25 : *Si quis pro pupillo sive tutoris auctoritate obligato, prodigove vel furioso fidejusserit...*

mineur de vingt-cinq ans, ne fournit pas aux auteurs dont je combats la doctrine, un argument plus solide. Il est vrai que le mineur pouvait être habilité, par le consentement du curateur, à faire certains actes; mais sommes-nous autorisés à en conclure qu'il en était de même du prodigue?

On cite un rescrit de Dioclétien où ces deux genres d'incapacité sont rapprochés (1) : nous y voyons, en effet, que le mineur de vingt-cinq ans, pourvu de curateur, est dans une situation assez semblable à celle du prodigue mis en curatelle par le magistrat, et que par conséquent, s'il fait une vente, la vente est nulle : mais serait-elle valable, si le curateur avait donné son consentement? C'est une autre question, que le texte ne prévoit pas, et rien ne nous prouve qu'elle doive être résolue de la même façon pour le mineur et pour le prodigue.

L'incapacité du mineur fait l'objet de très sérieuses difficultés, que je ne puis examiner ici; mais on peut soutenir qu'elle n'était pas identique à celle du prodigue. Elle n'avait pas la même étendue. Elle ne dérivait pas du même principe. Je tâcherai plus tard d'en préciser les caractères essentiels. Pour le moment, je me contente de renvoyer au texte bien connu qui déclare le mineur capable de s'obliger par promesse, *sine curatoribus suis* (2); et, sans chercher ici à expliquer cette disposition sur laquelle discutent les commentateurs, je constate que la capacité du mineur était loin d'être aussi profondément atteinte que celle du prodigue. J'ajoute qu'à la différence du prodigue, le mineur de vingt-cinq ans n'était ni frappé par décret du magistrat,

(1) C. J., II, 22, *De in integr. restit.*, 3. — V. *suprà*, p. 184.
(2) Modestin, D. XLV, 1, *De verb. oblig.*, 101.

ni assimilé à un fou. Le fondement de son incapacité consistait, comme j'essaierai de le démontrer, dans ce simple fait que le magistrat lui donnait un curateur et lui enlevait ainsi l'administration de ses biens. Or, ce fait ne comportait pas la conséquence rigoureuse qu'entraînaient, à la charge du prodigue, les termes du décret d'interdiction ou le principe d'une assimilation entre la prodigalité et la folie.

Mais il faut aller plus loin, et contester absolument le prétendu principe d'après lequel tout curateur aurait eu, en règle générale, mission d'intervenir en donnant un consentement à l'incapable. C'est au tuteur qu'il appartenait essentiellement d'ajouter à la personne de l'incapable ce qui lui manquait pour que sa capacité fût complète. Le curateur, au contraire, était impuissant à fournir un tel complément de capacité; il ne jouait pas le rôle d'*auctor*, et il ne pouvait pas plus sous forme de *consensus* que sous forme d'*auctoritas,* donner à l'incapable le pouvoir de faire un acte valable (1). On finit, à la vérité, par admettre que le mineur de vingt-cinq ans pourrait agir avec le consentement de son curateur. Mais cette théorie nouvelle, la théorie du *consensus curatoris,* est demeurée exclusivement applicable à la curatelle des mineurs. Plus tard, je rechercherai comment elle put s'introduire, sans contredire le principe fondamental de la curatelle, et je m'efforcerai de montrer que l'explication de ce fait se trouve dans des causes toutes spéciales à la condition juridique du mineur. Pour le moment, qu'il me suffise de constater

(1) Inst., I, 14, *Qui test. tut.*, § 4... (*tutor*) *personæ, non causæ vel rei datur.*

qu'en refusant au prodigue le pouvoir d'agir avec le consentement du curateur, nous sommes pleinement d'accord avec le témoignage des textes.

III. M. Ubbelohde a trouvé, dans l'idée d'une incapacité purement prétorienne du prodigue mis en curatelle par le magistrat, une explication très originale de la théorie du *consensus curatoris*. Il reconnaît que le curateur du prodigue interdit *lege* n'avait pas de consentement à fournir, mais il pense qu'il en était autrement dans le nouveau système d'interdiction. C'est à l'aide de moyens prétoriens que, dans ce système, les actes du prodigue, valables *jure civili*, devenaient inefficaces; mais ces moyens ne pouvaient pas être utilement employés lorsque le prodigue avait agi avec le consentement du curateur. Supposons par exemple qu'il se fût obligé : poursuivi par le créancier, il opposait l'exception fondée sur ce qu'il avait été mis en curatelle; mais, de son côté, le demandeur était autorisé à repousser cette exception par une réplique, tirée de cette circonstance que le curateur était intervenu dans l'acte (1).

Je n'ai pas à reproduire ici les raisons déjà exposées qui m'empêchent d'admettre cette opinion. J'ajouterai seulement deux observations.

N'y a-t-il pas, tout d'abord, quelque inconséquence à reconnaître, comme le fait M. Ubbelohde, que le prodigue mis en curatelle par le magistrat était assimilé au *furiosus*, et à décider cependant que son incapacité était de nature à cesser grâce à l'intervention du curateur? L'exception qui,

(1) Ubbelohde, *l. c.* : *Grünhut's Zeitschrift*, IV, p. 694-695.

d'après la doctrine du savant auteur, pouvait être opposée par le prodigue, était fondée sur ce que celui-ci avait été mis en curatelle *comme fou;* comment eût-il été possible de repousser une telle exception, sous le prétexte que le curateur aurait donné à ce fou son consentement?

Il y a d'ailleurs une hypothèse où la théorie de M. Ubbelohde est évidemment en défaut. Supposons que le prodigue ait fait un de ces actes que le préteur seul sanctionne, par exemple un pacte de constitut. On ne peut pas dire ici que l'acte produise effet *jure civili.* Il est donc nul de plein droit. Aucune action n'en peut résulter, et s'il a été fait avec le consentement du curateur, on ne voit pas comment la réplique, si ingénieusement imaginée, pourrait aboutir à le rendre efficace. Il faudrait, pour être logique, admettre une distinction, autoriser le prodigue à faire avec le consentement du curateur les actes valables *jure civili,* et lui défendre de faire, même avec ce consentement, ceux qui n'ont d'effet que *jure prætorio.* Cette distinction est par elle-même tellement invraisemblable que M. Ubbelohde n'hésite pas à la repousser. Mais cela ne démontre-t-il pas l'impossibilité d'expliquer par la prétendue contrariété du droit civil et du droit prétorien, la prétendue validité des actes faits par le prodigue avec le consentement du curateur?

IV. La doctrine que j'ai essayé d'établir, contrairement à l'opinion générale et contrairement à la thèse de M. Ubbelohde, devait, il faut l'avouer, présenter de sérieux inconvénients lorsque le prodigue, mis en curatelle *exemplo furiosi,* était appelé comme héritier externe à recueillir une succession. Il ne pouvait pas, même avec le con-

sentement du curateur, faire adition d'hérédité, et de son côté le curateur ne pouvait pas non plus faire adition pour l'incapable. L'hérédité restait donc jacente, tant que durait l'incapacité du prodigue.

La situation était la même lorsqu'il s'agissait d'un fou, et on sait que les jurisconsultes se préoccupèrent de donner au fou le moyen d'acquérir l'hérédité. Ils différaient seulement d'avis sur le moyen qui devait être employé pour rendre cette acquisition possible. Les uns voulaient que le fou pût lui-même faire adition ou demander la *bonorum possessio*. Les autres préféraient admettre que la *bonorum possessio* fût demandée par le curateur. Aucune de ces deux opinions n'était d'accord avec les principes rigoureux du droit. L'une et l'autre se justifiaient par les mêmes raisons d'utilité pratique.

La constitution de Justinien qui mentionne cette controverse (1) parle seulement du cas où il s'agissait d'un fou. Mais je n'hésite pas à croire que les mêmes solutions devaient être proposées, lorsqu'au lieu d'un fou, c'était un prodigue, mis en curatelle *exemplo furiosi,* qui était appelé à l'hérédité.

Dans l'opinion qui permettait au fou et au prodigue de faire adition d'hérédité, on devait très vraisemblablement exiger que le curateur intervînt, par exemple qu'il donnât son consentement aux paroles de la *cretio,* prononcées par l'incapable. Le consentement du curateur se trouvait ainsi doué d'une efficacité que j'ai refusé de lui reconnaître. Mais il n'y a aucun argument à tirer, contre la doctrine que je soutiens, d'une décision manifestement contraire

(1) C. J. V, 70, *De cur. jur.*, 7, § 3.

aux principes, et proposée seulement à titre d'expédient, en vue d'un résultat que l'application rigoureuse du droit n'aurait pas permis d'obtenir. Au reste, ce n'est pas cette opinion qui paraît avoir été suivie dans la pratique. C'est sur la demande du curateur que le magistrat accordait au fou et sans doute aussi au prodigue la *bonorum possessio decretalis*(1).

V. Dans le dernier état du droit, lorsqu'il n'y eut plus qu'un seul système d'interdiction, l'incapacité du prodigue conserva le caractère absolu qu'elle avait toujours présenté. L'idée d'une assimilation entre la prodigalité et la folie devint alors l'unique base de l'interdiction; or elle conduisait nécessairement à déclarer le prodigue incapable de faire, même avec le consentement du curateur, les actes pour lesquels il était réputé fou. Il n'y a pas, dans toute l'œuvre de Justinien, un seul texte qui permette d'écarter, sur ce point, la conséquence qui logiquement découlait du principe même de l'interdiction.

Nous avons reconnu que cette règle avait des inconvénients, particulièrement dans le cas où le prodigue était appelé à recueillir une hérédité. Mais il faut remarquer que, dans cette hypothèse, le droit de Justinien introduisit un principe nouveau, ou plutôt fit retour au principe admis dans l'ancien système d'interdiction, en donnant au prodigue le droit de faire adition d'hérédité sans le consentement de personne.

Nous avons déjà constaté cette innovation, mais sans l'ex-

(1) PAPINIEN, D. XXXVII, 3. *De bon. poss. fur.*, 1. — Voy. ACCARIAS, *Précis*, I, 4e édit., p. 1271-1272.

pliquer suffisamment. Elle eut précisément pour cause le désir d'écarter le grave inconvénient que présentait, en matière d'adition d'hérédité, la théorie de la jurisprudence. En effet, deux théories étaient en présence : celle du droit ancien qui permettait au prodigue de faire librement adition, celle du droit nouveau qui le lui défendait absolument, l'une et l'autre se ressemblant d'ailleurs en ce qu'elles n'accordaient à l'intervention du curateur aucune importance. Les rédacteurs du Digeste jugèrent qu'il valait mieux permettre au prodigue de faire adition, dût-il par là s'endetter, que de lui enlever le moyen d'acquérir une hérédité avantageuse. Telle est la raison qui les décida, sur ce point, à donner au système ancien la préférence.

En tout cas, ils ne songèrent pas à créer un nouveau système qui aurait fait dépendre du consentement du curateur la validité des actes accomplis par le prodigue. La doctrine contraire était trop solidement établie, dans les deux systèmes d'interdiction, pour qu'il pût être question de la renverser.

Avouons qu'elle n'échappe pas à la critique. Elle exagère inutilement les conséquences de l'interdiction, en frappant le prodigue d'une incapacité que l'intervention du curateur est impuissante à faire disparaître, et c'est en effet cette considération qui, près de quatre siècles après Justinien, détermina en cette matière une importante réforme.

Il faut lire la constitution (1) dans laquelle Léon le Philosophe règle la capacité des prodigues, et remarquer en quels termes cet empereur qualifie le système de législa-

(1) Léon. Const. xxxix.

tion qu'il se décide à modifier : *illam legem quæ prodigum de rebus suis quicquam aut velle aut statuere omnibus modis prohibet.* C'est là une règle trop simple, trop absolue : *non ita simpliciter sancire oportebat.* Il fallait faire des distinctions; or la loi n'en fait aucune : *nunc vero nihil istius modi præscribit, sed in universum prodigo de rebus suis consultandi potestatem adimit.* Cette appréciation de l'ancienne théorie suppose bien, il me semble, que, dans le droit du Digeste et du Code, le prodigue n'avait aucun moyen de faire les actes qui lui étaient interdits, et qu'en se faisant assister de son curateur, il ne cessait pas d'être incapable.

IV.

Le prodigue pouvait-il contracter une obligation naturelle? Un fidéjusseur pouvait-il s'engager pour lui?

I. *Le prodigue interdit* lege *s'obligeait même civilement; le prodigue mis en curatelle* exemplo furiosi *ne pouvait pas s'obliger, même naturellement. La question de l'obligation naturelle ne se pose donc pas. Difficultés insolubles que cette question soulève dans la doctrine courante. Loi* Is cui bonis : *D. XLV, 1,* De verb. oblig., *6.*

II. *Loi* Marcellus, *validant l'engagement qu'un fidéjusseur a contracté pour un pupille, pour un prodigue ou pour un fou : D. XLVI, 2,* De fidej. et mand., *25. Exégèse de ce texte.* — III. SI QUIS PRO PUPILLO... *: intervention du fidéjusseur pour un pupille. Comment la décision du texte, restreinte à cette hypothèse, doit être entendue. Rapprochement de la loi* Marcellus *et de la loi 13, D. IV, 4,* De minorib. — IV. PRODIGOVE VEL FURIOSO... : *intervention du fidéjusseur pour un prodigue ou pour un fou. Impossibilité de comprendre, dans cette hypothèse, la décision du texte.* — V. *Première tentative d'explication : l'incapable, pour qui le fidéjusseur est intervenu, est obligé civilement. Critique.* — VI. *Deuxième tentative d'explication : l'incapable n'a pas pu s'obliger, et cependant le fidéjusseur est tenu, s'il a su qu'il intervenait pour un incapable. Critique.* — VII. *Le texte a-t-il été interpolé? La mention d'un fidéjusseur a-t-elle été substituée à celle d'un* sponsor *ou d'un* fide promissor? *Cette interpolation explique deux particularités du texte, mais ne suffit pas à justifier la décision de Marcellus dans son application au prodigue et au fou.* — VIII. *Les mots* prodigove vel furioso *ont-ils été ajoutés après coup? L'interpolation n'est ici démontrée que pour* vel furioso. — IX. *N'est-ce pas d'un prodigue interdit* lege *qu'il était question dans le texte original? Comment la dualité des systèmes d'interdiction permet de comprendre les décisions en apparence contradictoires d'Ulpien et de Marcellus.*

X. *Quel peut être, dans le droit de Justinien, le sens de la loi* Marcellus?

I. Le prodigue interdit, qui jouait dans un contrat le rôle de débiteur, s'obligeait-il naturellement? Les romanistes ne sont pas d'accord sur ce point.

Dans la doctrine que je soutiens, la question ne se pose pas. S'agit-il d'un prodigue interdit *lege*, il est capable de s'obliger, même civilement; la formule d'interdiction prononcée contre lui n'a d'autre effet que de mettre les biens de famille, *bona paterna avitaque*, à l'abri des dettes qu'il reste libre de constater. S'agit-il au contraire d'un prodigue mis en curatelle *exemplo furiosi*, il est aussi incapable de s'obliger par ses contrats que s'il était vraiment fou; or il est bien certain qu'un fou ne peut, en contractant, se soumettre à aucune obligation, ni civile, ni naturelle. Cette dernière décision est celle qui, dans le droit de Justinien, régit tous les prodigues interdits.

Elle est formellement consacrée au Digeste par un texte d'Ulpien, déjà plus d'une fois cité.

> Ulpien, 1, *ad Sabinum*, D. XLV, 1, *De verb. oblig.*, 6. Is cui bonis interdictum est stipulando sibi adquirit, tradere vero non potest vel promittendo obligari : et ideo nec fidejussor pro eo intervenire potest, sicut nec pro furioso (1).

Si le prodigue interdit fait une promesse, il ne s'oblige pas, et on ne peut pas plus s'engager pour lui comme fidéjusseur qu'on ne le pourrait s'il s'agissait d'un *furiosus*. Ainsi, que la promesse émane d'un prodigue ou d'un fou, elle est également inefficace; elle ne donne naissance à aucune obligation, même naturelle, et c'est pour cela que le jurisconsulte déclare la fidéjussion nulle, car si l'inca-

(1) Gaius, D. XLIV, 7, *De oblig. et act.*, 1 § 12 : *Furiosum sive stipuletur sive promittat nihil agere natura manifestum est;* D. XLVI, 1, *De fidej. et mand.*, 70 § 4 : *Si a furioso stipulatus fueris, non posse te fidejussorem accipere certum est, quia non solum ipsa stipulatio nulla intercessisset, sed ne negotium quidem ullum gestum intellegitur.*

pable était tenu naturellement, rien n'empêcherait qu'on pût s'obliger pour lui.

Cette décision ne laisse pas que d'être embarrassante pour les auteurs qui, suivant l'opinion généralement reçue, assimilent l'incapacité du prodigue à celle du pupille. En effet, on ne peut guère contester, malgré les affirmations contradictoires de divers textes, que le pupille ne s'oblige naturellement, lorsqu'il traite sans l'*auctoritas* du tuteur (1). Pourquoi le prodigue ne s'obligerait-il pas de même? Certains auteurs sont tellement convaincus de la similitude des deux sortes d'incapacité que, malgré le témoignage d'Ulpien, ils attribuent sans hésitation au prodigue aussi bien qu'au pupille le pouvoir de contracter une obligation naturelle (2). D'autres, s'inclinant devant l'autorité d'un texte formel, reconnaissent que le prodigue ne peut pas s'obliger naturellement (3) : concession bien compromettante pour le prétendu principe suivant lequel l'incapacité du pupille aurait servi de modèle à celle du prodigue (4). Ainsi, dans la doctrine courante, on est réduit

(1) MACHELARD, *Oblig. natur.*, p. 195-233.

(2) MACHELARD, *Oblig. natur.*, p. 267. MASSOL, *Oblig. natur.*, p. 159-161. ACCARIAS, *Précis de dr. rom.*, II[4], p. 638 : « J'ai fait remarquer, dit M. Accarias, que la capacité des prodigues interdits est comparable à celle des pupilles. *Donc, sans aucun doute*, ils s'obligent naturellement... » MAY, *Éléments de dr. rom.*, II, 1890, p. 288. PETIT, *Traité de droit romain*, 1892, p. 491.

(3) CUJAS, *Opera*, Naples, I, c. 1166 A; X, c. 529. DONEAU, *ad tit. de verb. oblig.*, 6; *Opera*, Florence, XI, p. 628-629. GLÜCK, *Pandect.*, IV, p. 57. SCHWANERT, *Naturaloblig.*, p. 160, n. 12.

(4) Doneau se tire d'embarras en disant : le prodigue ressemble au pupille, en tant qu'il est capable de rendre sa condition meilleure; mais il est traité comme un fou, lorsqu'il veut rendre sa condition pire, et notamment s'obliger. *Cum de adquirendo agitur, prodigum pupillo similem facimus... Cum autem agitur de deminuendis bonis, invertimus*

à cette alternative de donner un démenti à Ulpien, ou de méconnaître le principe sur lequel on propose de régler la condition juridique de l'interdit.

Pour nous, la décision du jurisconsulte s'explique parfaitement. Elle se rattache au système qui fondait sur une fiction de folie l'incapacité des prodigues soumis à la curatelle honoraire. Elle ne concerne pas le prodigue interdit *lege,* mais seulement celui qui était mis en curatelle *exemplo furiosi.* Ce qui prouve bien que notre texte n'a pas d'autre portée, c'est d'abord le rapprochement qu'on y trouve entre le prodigue et le fou ; c'est aussi le nom sous lequel le prodigue y est désigné : *is cui bonis interdictum est.* Cette expression a en effet un sens précis que nous avons déterminé.

II. Un autre fragment du Digeste, emprunté comme le précédent à un ouvrage d'Ulpien, semble se rattacher à une doctrine toute contraire, et vient fournir un argument à ceux qui pensent que le prodigue pouvait s'obliger naturellement. C'est la célèbre loi *Marcellus.* Les difficultés qu'elle soulève ont fait le tourment des commentateurs, et nous devons les aborder à notre tour. C'est une sorte d'énigme dont tous les efforts des interprètes n'ont pas réussi, nous nous en convaincrons aisément, à découvrir le secret. Peut-être l'explication doit-elle en être cherchée dans la distinction des deux systèmes d'interdiction. Je le crois du moins. Si je parvenais à le démontrer, ne serait-ce pas, en faveur de la doctrine que j'expose ici, une épreuve vraiment

comparationem, et prodigum jam non pupillo similem esse placet, sed furioso : et quemadmodum hic promittendo nullo jure obligatur, ac ne naturâ quidem, sic nec obligatur prodigus... (Doneau, *l.* c.)

décisive? J'espère conduire le lecteur à cette conclusion, s'il consent à me suivre à travers les détails arides et les inévitables longueurs de l'exégèse.

> ULPIEN, 11, *ad edict.* : D. XLVI, 1, *De fidej. et mandat.*, 25. Marcellus scribit, si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato prodigove vel furioso fidejusserit, magis esse ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit.

Ulpien cite une décision de Marcellus, où il est question d'un fidéjusseur qui est intervenu pour un pupille, ou pour un prodigue, ou pour un fou. Trois hypothèses sont donc prévues. J'expliquerai d'abord notre texte comme s'il visait exclusivement la première, celle du pupille pour lequel un tiers s'est engagé. Dans son application à cette hypothèse, la décision du jurisconsulte se justifie aisément. Si on a de la peine à la mettre d'accord avec les principes, c'est lorsqu'on aborde le cas où il s'agit d'un prodigue ou d'un fou. Il s'élève alors des difficultés qui semblent vraiment insurmontables. Je ne les examinerai qu'après avoir déterminé d'une manière générale le sens de la loi, en tant qu'elle s'applique au fidéjusseur du pupille.

III. « Le fidéjusseur qui se porte garant pour un pupille ne doit pas être secouru, dit Marcellus, parce qu'il n'a pas l'action de mandat. »

A première vue, cette proposition est obscure. Pour en pénétrer le sens, il importe de remarquer à quel sujet elle était citée par Ulpien. C'est au onzième livre du Commentaire *ad edictum* que les compilateurs l'ont empruntée ; or ce livre, dont nous possédons de nombreux fragments, était tout entier consacré à l'*in integrum restitutio*. L'un

des fragments qui nous ont été conservés présente avec la décision de Marcellus une telle analogie qu'il est impossible de ne pas l'en rapprocher, et qu'on est invinciblement porté à conjecturer qu'il s'y rattachait dans le texte primitif. Je veux parler du passage qui forme au Digeste la loi 13, *De minoribus* (IV, 4), et j'en reproduis ici le commencement.

> Ulpien, 11, *ad edict.* : D. IV, 4, *De minor. XXV ann.*, 13 pr. In causæ cognitione versabitur, utrum soli ei succurrendum sit, an etiam his qui pro eo obligati sunt, utputa fidejussoribus. Itaque si, cum scirem minorem et ei fidem non haberem, tu fidejusseris pro eo, non est æquum fidejussori in necem meam subveniri, sed potius ipsi deneganda erit mandati actio.....

Le sens est clair. Il s'agit d'un mineur de vingt-cinq ans, qui s'est obligé, mais qui a ensuite obtenu l'*in integrum restitutio*. Ce bénéfice doit-il être exclusivement réservé au mineur, ou faut-il en faire aussi profiter ceux qui se sont obligés pour lui, les fidéjusseurs? C'est une question qui devra être examinée *in causæ cognitione*. Le magistrat la résoudra diversement, suivant les circonstances. « Supposons, dit le jurisconsulte, que j'aie su que le débiteur principal avait moins de vingt-cinq ans, et que je n'aie consenti à traiter avec lui qu'à la condition que vous garantiriez son obligation; il serait, en pareil cas, inique de venir à votre secours. Si quelqu'un doit être sacrifié dans cette hypothèse, ce n'est pas le créancier, c'est le fidéjusseur. Il faudra donc refuser à ce dernier l'action de mandat. »

C'est très probablement ici que le passage de Marcellus

était cité par Ulpien. C'est à cet endroit, au milieu même du *principium* de la loi 13 (D. 4, 4), qu'il est intercalé par Lenel, dans sa *Palingenesia juris civilis* (1). Nous allons constater en effet que ce passage se rapporte très bien à la décision que nous venons de reproduire.

Il y est question, non pas d'un mineur, mais d'un pupille, pour qui le fidéjusseur s'est obligé : *pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato.* Par ces mots, il faut entendre, croyons-nous, que le pupille a contracté, sans l'*auctoritas* du tuteur, en vue de s'obliger. Il n'est pas tenu, du moins civilement; il n'a fait naître qu'une obligation naturelle, d'ailleurs suffisante, comme on sait, pour servir de base à la fidéjussion.

Dans cette hypothèse, Marcellus se demande, comme Ulpien, s'il faut venir en aide au fidéjusseur, c'est-à-dire si le magistrat doit lui accorder l'*in integrum restitutio ;* et, comme Ulpien, il répond négativement, en ajoutant : *quoniam his mandati actio non competit.* Dans les deux cas, le fidéjusseur devra payer et n'aura aucun recours à exercer contre le débiteur principal.

Entre les deux décisions que nous avons rapprochées, il y a une différence, qu'explique la diversité des hypothèses prévues, mais qui est plutôt théorique que pratique; il n'est pas inutile de la préciser ici.

Pour ce qui concerne le fidéjusseur du mineur, Ulpien nous dit : *ipsi deneganda erit mandati actio.* Le mineur s'est valablement engagé, non seulement envers le créancier, mais aussi envers le fidéjusseur à qui il a donné mandat d'intervenir et qui peut intenter contre lui l'*actio*

(1) LENEL, *Paling. jur. : Ulpien*, 404.

mandati contraria. Il faut donc, pour lui venir en aide, lui accorder le bénéfice de l'*in integrum restitutio* à l'encontre du fidéjusseur aussi bien qu'à l'encontre du créancier, et c'est par l'effet de cette *restitutio* que le fidéjusseur se verra refuser l'action de mandat : *deneganda erit mandati actio.*

S'agit-il au contraire du fidéjusseur d'un pupille, Marcellus nous dit : *ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit.* Le pupille a agi seul, et par conséquent il ne s'est obligé ni envers le créancier, ni envers le fidéjusseur à qui il a donné mandat d'intervenir. Celui-ci n'a pas l'*actio mandati,* puisqu'il a reçu mandat d'un incapable. Ajoutons qu'il n'a pas non plus l'*actio negotiorum gestorum,* car ce n'est pas gérer utilement les affaires d'une personne que de s'obliger pour une dette dont elle n'est pas tenue civilement. Le pupille n'a donc besoin de l'*in integrum restitutio* ni contre le créancier, ni contre le fidéjusseur. Il est à l'abri de toute action, et c'est ce que Marcellus constate. Une seule question se pose : celle de savoir si le fidéjusseur qui, lui, s'est valablement obligé envers le créancier, peut faire rescinder son engagement; et le jurisconsulte la résoud négativement, en se fondant précisément sur ce que le fidéjusseur n'a pas de recours à exercer contre le pupille : *quoniam his mandati actio non competit.* Ce motif est facile à comprendre : si le fidéjusseur avait le droit de recourir contre le pupille, on ne pourrait le poursuivre sans faire retomber sur l'incapable la charge de la dette, et il y aurait là une raison de le soustraire à l'action du créancier; mais, dans l'espèce, ce danger n'est pas à craindre; il est certain que le pupille ne sera pas inquiété.

En somme, la différence que nous constatons tient à ce que le mineur est en principe capable, tandis que le pupille est incapable de s'obliger sans l'*auctoritas* de son tuteur ; mais cela n'empêche pas que les décisions données par les deux jurisconsultes ne soient, au fond, identiques (1).

Remarquons enfin que ces deux décisions ne s'appliquent pas indistinctement en toutes circonstances, mais qu'elles comportent une restriction commune, formellement exprimée par Ulpien, et certainement sous-entendue par Marcellus. Lorsque Ulpien décide que le fidéjusseur du mineur reste obligé et que l'*actio mandati* doit lui être refusée, il suppose que le créancier connaissait l'âge du débiteur principal (*si cum scirem minorem...*), et que la fidéjussion a eu précisément pour but de lui donner une garantie contre le danger qu'il courait sciemment en contractant avec un mineur (*et ei fidem non haberem...*). Mais si le créancier ne savait pas que le débiteur était mineur, il faudrait donner une autre solution, et faire profiter le fidéjusseur de l'*in integrum restitutio* obtenue par le débiteur principal (2). Cette doctrine doit s'appliquer aussi bien

(1) On peut rapprocher de ces décisions celles que d'autres textes nous donnent, soit relativement au fils de famille qui emprunte de l'argent malgré la défense du sénatusconsulte macédonien, soit relativement au débiteur principal avec qui le créancier fait un pacte *de non petendo*. Ulpien, D. IV, 4, *De minor.*, 3 § 4; D. IV, 6, *De scto maced.*, 9 § 3. Paul, D. II, 14, *De pactis*, 32.

(2) Paul, *Sent.*, I, 9 § 6 : *Qui sciens prudensque se pro minore obligavit, si id consulto consilio fecit, licet minori succurratur, ipsi tamen non succurretur.* C. J., II, 24, *De fidejus. minor.*, 1. Cpr. Scævola, D. XXIX, 2, *De adq. v. omit. her.*, 89. Paul, D. XLIV, 1, *De excep. et pr.*, 7 § 1. Ulpien, D. III, 3, *De procur.*, 51 pr.; D. IV, 4, *De minor.*, 3 § 4; D. XXVI, 7, *De admin. et peric.*, 2 § 1. Papinien, D. XLVI, 3, *De solut.*, 95 § 3.

au fidéjusseur du pupille qu'au fidéjusseur du mineur. Il n'y aurait aucune raison de se montrer plus rigoureux pour l'un que pour l'autre.

A la vérité, la loi *Marcellus* est conçue en termes généraux. Mais il est bien permis de penser que le jurisconsulte n'a pas eu en vue le cas exceptionnel où les parties ont commis une erreur relativement à la condition juridique du débiteur principal. Le plus généralement, lorsqu'on traite avec un pupille, on sait qu'il est incapable, et si l'on fait intervenir un tiers comme fidéjusseur, c'est une garantie qu'on prend contre le risque auquel on se sent exposé par le fait de cette incapacité. C'est là l'hypothèse la plus ordinaire, la seule que le jurisconsulte ait dû prévoir. N'oublions pas, d'ailleurs, que le fragment dont il s'agit est une simple citation. Peut-être Ulpien n'a-t-il pas entièrement reproduit la proposition de Marcellus; peut-être n'en a-t-il extrait que le principe général, en omettant les restrictions qui y étaient ensuite exprimées. Ce qu'il venait de dire lui-même suffisait à déterminer la portée de ce principe.

C'est ainsi qu'en replaçant notre texte dans le passage du commentaire *ad edictum* d'où les compilateurs l'ont tiré, on parvient à en préciser le sens.

IV. Arrivons maintenant aux mots *prodigove vel furioso,* dont j'ai fait jusqu'à présent abstraction. Le jurisconsulte suppose qu'un fidéjusseur est intervenu pour un prodigue ou pour un fou, et il donne plein effet à son engagement. C'est cette décision qu'il paraît bien difficile, sinon impossible de justifier.

Le fou qui prend part à un contrat ne s'oblige en aucune

façon : *nihil agit*. Comment se fait-il donc qu'en l'absence de toute dette principale, la dette accessoire soit confirmée ? Nous avons vu qu'Ulpien déclare absolument inefficace la promesse d'un prodigue ou celle d'un fou, et il semble bien que cette solution s'impose, du moins pour le fidéjusseur du fou. Est-il possible de concilier la décision de Marcellus soit avec celle d'Ulpien, soit avec le principe incontestable qui subordonne à l'existence d'une dette principale la validité de la fidéjussion ?

Bien des explications ont été proposées. Nous allons les examiner.

V. Les plus illustres romanistes, Cujas, Doneau, Antoine Favre (1), ont interprété la décision de Marcellus comme si elle supposait que la dette principale, garantie par un fidéjusseur, existe réellement, en tant que dette civile. Il y a des cas nombreux où un impubère, non pourvu de l'*auctoritas* du tuteur, un prodigue ou un fou peuvent s'obliger civilement (2). Pour ne citer qu'un exemple qui leur est commun, ils deviennent débiteurs, *quasi ex contractu*, par le fait d'un tiers qui gère leurs affaires. C'est d'une dette de ce genre qu'il serait ici question. Notre texte signifierait que le fidéjusseur qui intervient pour un incapable régulièrement obligé s'oblige lui-même.

(1) Cujas, *Opera*, Naples, X, c. 529 (*ad* D. XLI, 3, 19). Doneau, *ad tit. de verb. oblig.*, l. 6, n. 16; *Opera*, Flor., XI, p. 630. Ant. Favre, *Conjectur.*, liv. VIII, ch. 5 et 6.

(2) Paul, D. XLIV, 7, *De oblig. et act.*, 46 : *Furiosus et pupillus, ubi ex re actio venit, obligantur etiam sine curatore vel tutoris auctoritate : veluti si communem fundum habeo cum his, et aliquid in eum impendero, vel damnum in eo pupillus dederit, nam judicio communi dividundo obligabuntur.*

Cette solution est très certainement exacte. On cite un fragment de Gaius qui la consacre formellement (1), et il n'est besoin d'aucun texte pour nous amener à reconnaître que la dette née à la charge d'un incapable peut, aussi bien que toute autre dette, faire l'objet d'une fidéjussion.

Mais est-ce bien cette vérité, d'une incontestable évidence, que le jurisconsulte a voulu formuler? Les termes dont il se sert prouvent que, dans sa pensée, il s'agit d'une question douteuse, sur laquelle il est permis d'hésiter: *magis esse ut ei non subveniatur.* Or l'hésitation ne se comprendrait pas, si le débiteur était civilement tenu. Lorsque Gaius décide qu'en pareille hypothèse la fidéjussion est valable, il l'affirme comme un principe certain. C'est un axiome juridique. Il n'est pas possible que Marcellus l'ait exprimé sous une forme dubitative.

Une autre raison, tout à fait décisive, nous empêche de traduire ainsi la pensée du jurisconsulte: elle est tirée du motif qu'il donne à l'appui de sa décision; *quoniam his mandati actio non competit.* Si le fidéjusseur ne peut pas se soustraire aux conséquences de son engagement, cela tient à ce qu'il n'a pas de recours à exercer contre celui qui lui a donné mandat d'intervenir. Ce motif s'explique très bien, nous l'avons montré, quand on admet qu'il s'agit d'un incapable qui a pris part à un contrat et n'a pas pu s'obliger, du moins civilement. Il devient incompréhensible, si l'on suppose que le débiteur principal est civilement tenu.

Dans cette hypothèse, en effet, il n'est pas exact de dire que le fidéjusseur soit privé de tout recours. Sans doute,

(1) Gaius, D. XLVI, 1, *De fidej. et mandat.*, 70 § 4 : ... *quod si pro furioso jure obligato fidejussorem accepero, tenetur fidejussor.*

l'*actio mandati* lui sera refusée, puisqu'il a reçu mandat d'un incapable; mais, à défaut de cette action, il aura l'*actio negotiorum gestorum* (1). A quoi bon dès lors faire observer que l'*actio mandati* ne lui appartient pas?

D'ailleurs (et c'est là le point capital), lorsqu'une personne intervient pour un débiteur civilement obligé, la validité de la fidéjussion doit être admise, sans qu'il y ait à rechercher si le fidéjusseur a le droit d'intenter une action récursoire. Que signifieraient donc les mots *quoniam his mandati actio non competit*, s'ils concernaient cette hypothèse? Ils n'auraient pas de sens, et même ils impliqueraient une véritable erreur; car ils donneraient à entendre que, si le fidéjusseur avait un recours à exercer, il pourrait échapper à la poursuite du créancier, bien que le débiteur principal fût civilement tenu. Aussi Cujas proposait-il de corriger le texte : il lisait *quanquam* ou *quamvis* au lieu de *quoniam* (2), et cette correction arbitraire montre bien le vice de l'interprétation que le grand romaniste proposait.

Il y a pourtant un mot, le mot *obligato* appliqué à l'impubère, qui semble, au premier abord, favorable à l'opinion

(1) Ant. Favre a prétendu le contraire (*Conjectur.*, liv. VIII, ch. 6 *in f.*); mais cette opinion n'est vraiment pas soutenable. Il n'est pas douteux que le fidéjusseur n'ait fait un acte de gestion utile en payant une dette que l'incapable était tenu de payer. Favre le reconnaît; il objecte seulement que l'incapable a joué le rôle de mandant. Mais qu'importe, puisque le mandat est nul? A défaut de l'*actio mandati*, c'est l'*actio negotiorum gestorum* qui doit appartenir au fidéjusseur. Ainsi le décide Paul dans une hypothèse analogue à celle qui nous occupe. D. III, 5, *De neg. gest.*, 5 pr. *Item si, cum putavi a te mihi mandatum, negotia gessi : et hic nascitur negotiorum gestorum actio, cessante mandati actione. Idem est etiam si pro te fidejussero, dum puto mihi a te mandatum esse.*

(2) Cujas, *ad* D. XLI, 3, *De usurp.*, 19, *l. c.*

de Cujas. Signifie-t-il donc que le pupille est civilement obligé, et doit-il être sous-entendu à côté de *prodigove vel furioso?*

Je ne puis le croire. Le texte porte : *pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato;* et les mots *sine tutoris auctoritate* indiquent bien que, dans l'espèce, il s'agit d'un pupille qui avait besoin, pour s'obliger, de l'*auctoritas tutoris*. S'il en était autrement, pourquoi le jurisconsulte mentionnerait-il cette circonstance, que le tuteur s'est abstenu ?

Une interprétation particulière des mots *sine tutoris auctoritate* a été proposée par Antoine Favre, l'un des commentateurs qui pensent que, dans notre texte, il y a un débiteur principal civilement tenu. D'après le célèbre romaniste, ces mots devraient être rapportés à *fidejusserit* et non à *obligato*. Marcellus suppose que le fidéjusseur s'est engagé pour un pupille sur le mandat que celui-ci lui a donné, et sans que le tuteur soit intervenu : *si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate..... fidejusserit* (1). Ce qui constitue le point délicat de la question, ce n'est pas que le pupille soit obligé sans l'*auctoritas* du tuteur; c'est qu'il ait, sans cette *auctoritas*, chargé un tiers de se porter fidéjusseur. Le mot *obligato* sépare mal à propos *sine tutoris auctoritate* de *fidejusserit*. Il faut l'effacer. C'est une glose maladroitement ajoutée au texte par les compilateurs ou par un copiste.

Je me contenterai de faire remarquer que, d'après cette interprétation, comme d'après celle de Cujas, la question posée par le jurisconsulte n'aurait pu donner lieu à aucune

(1) *Conjectur.*, liv. VIII, ch. 5 et 6.

difficulté. Il est absolument indifférent que le tuteur ne soit pas intervenu, lorsque le pupille a donné mandat au fidéjusseur. Seulement il faut avouer que les soupçons d'interpolation, formulés pour la première fois par Favre, pourraient bien être fondés, et nous avons aujourd'hui, pour l'affirmer, des raisons que nos anciens commentateurs ne possédaient pas. Nous rechercherons bientôt s'il n'est pas possible de rétablir, avec quelque vraisemblance, le texte primitif. Mais, nous le verrons, ce n'est pas à la doctrine de Favre, non plus qu'à celle de Cujas, que ces essais de restitution peuvent profiter. L'une et l'autre sont également inacceptables. Elles se heurtent aux mêmes objections.

VI. La réfutation de ces deux doctrines nous ramène à l'explication que nous avons tout d'abord adoptée, au début de cette exégèse, et que soutiennent beaucoup d'auteurs : il s'agit certainement, dans la loi Marcellus, d'incapables qui ont pris part à un contrat, mais qui n'ont pas pu s'obliger.

Les partisans de cette interprétation se sont efforcés de justifier la décision qui valide, en pareil cas, l'engagement du fidéjusseur. Voyons s'ils y ont réussi.

Pour le pupille, la justification est très simple : on admet qu'il est tenu naturellement. Mais pour le prodigue et pour le fou, comment comprendre qu'un fidéjusseur puisse valablement s'engager pour eux?

Ceux qui soutiennent, en se fondant précisément sur notre texte, que le prodigue est capable de contracter une obligation naturelle, expliquent par là que la fidéjussion soit valable. Ils sont très loin pourtant d'avoir résolu la question. Même en ce qui concerne le prodigue, il leur

reste à mettre d'accord les décisions contradictoires de Marcellus et d'Ulpien. D'autre part, s'ils raisonnaient pour le fou comme ils font pour le prodigue, ils décideraient que le fou peut, lui aussi, s'obliger naturellement. Cette décision est la conséquence logique de leur argumentation. Ils ne peuvent pourtant pas l'admettre. Elle est trop évidemment contraire au droit et à la raison. Force est donc de reconnaître que le fou n'est pas du tout obligé, et que cependant, d'après Marcellus, un fidéjusseur a pu s'engager pour lui. A cet égard, la difficulté reste entière.

Pour la résoudre, on a souvent recours à la distinction suivante : si le fidéjusseur a ignoré l'état d'incapacité de celui qui jouait le rôle de débiteur principal, on admet qu'il ne saurait être obligé; mais s'il a su qu'il intervenait pour un incapable, il a voulu garantir le créancier contre les conséquences de cette incapacité, et on le déclare tenu. Dans le premier cas, on applique la décision d'Ulpien; dans le second, celle de Marcellus (1).

En réalité, cette distinction n'explique rien. J'ai reconnu, il est vrai, à propos du pupille ou du mineur dont un tiers garantit la dette, la nécessité de rechercher si la fidéjussion était vraiment une garantie donnée au créancier contre le danger tenant à l'âge du débiteur principal (2). Mais autant cette doctrine semble, en pareil cas, rationnelle et conforme aux textes, autant elle est inadmissible, lorsque l'incapable dont il s'agit est un fou. A la différence du pupille ou du mineur, le fou n'a pu s'obliger d'aucune

(1) Glück, *Pandect.*, IV, p. 57, n. 61; V, p. 564, 565. Machelard, *Oblig. natur.*, p. 274, 275. Accarias, *Précis*, II, 4e édit., p. 638, n. 2.
(2) *Suprà*, p. 271-272.

façon. Il ne doit absolument rien. Aussi est-il impossible qu'en aucun cas le fidéjusseur se soit obligé pour lui.

On soutient qu'il y a des raisons spéciales d'admettre la validité de la fidéjussion lorsque la folie du débiteur principal, ou plutôt de celui qui n'a pu s'obliger comme tel, était en fait connue des parties. Ces prétendues raisons ne sont guère sérieuses.

Certains auteurs (1) disent : le fidéjusseur a su ce qu'il faisait; il a voulu s'obliger *quand même*, et par conséquent il doit être tenu, comme il le serait s'il avait promis de faire en sorte que telle chose fût fournie au créancier par un tiers atteint de folie.

C'est confondre l'obligation du fidéjusseur avec celle qui dérive d'une promesse de porte fort. Or ces deux sortes d'obligations n'ont rien de commun. Le fidéjusseur promet ce qui est dû par le débiteur principal : d'où résulte que, si celui-ci ne doit rien, lui-même ne saurait être tenu. Au contraire, lorsqu'on a dit *se effecturum esse ut Titius faciat*, on se trouve obligé, bien que Titius ne le soit pas. Les principes formalistes qui régissaient la stipulation ne permettent pas de croire que la fidéjussion ait pu, en l'absence de toute dette principale, être validée comme promesse de porte fort. Qu'on se rappelle la théorie de la nullité des stipulations pour autrui!

M. Machelard a proposé, dans son traité *Des obligations naturelles* (2), une autre explication. Partant de cette idée que le *furiosus* est un fou dont la folie comporte nécessairement des intervalles lucides, il remarque qu'on peut

(1) Glück, *l. c.*

(2) Machelard, *Oblig. natur.*, p. 275.

toujours se demander, lorsqu'un fou de ce genre a contracté, s'il ne jouissait pas de ses facultés au moment du contrat, et par conséquent s'il ne s'est pas obligé. Ce simple doute suffirait à rendre la fidéjussion possible, « si du moins le fidéjusseur a entendu prendre pour son compte les conséquences de l'incertitude qui plane sur la situation d'esprit où se trouvait le *reus* au moment du contrat. » Il y aurait ainsi, entre le *furiosus* et le *mente captus*, cette différence, qu'il serait possible de se porter fidéjusseur pour le premier, non pour le second.

Je n'ai plus à réfuter la doctrine qui place dans la survenance des intervalles lucides le caractère distinctif de la fureur (1). Mais cette doctrine, dût-elle être admise, l'idée proposée par M. Machelard n'en serait pas moins insoutenable. Où voit-on que la simple possibilité d'une dette puisse servir de base à l'engagement d'un fidéjusseur? Ce qui est indispensable, c'est qu'il y ait une dette principale. Civile ou naturelle, peu importe. Mais il faut qu'elle existe. Il ne suffit pas qu'elle puisse exister.

Dira-t-on qu'en intervenant sciemment pour un *furiosus*, le fidéjusseur a reconnu par cela même qu'au moment du contrat le débiteur principal avait recouvré la jouissance de ses facultés? Si le fait est vrai, sans doute, tout est valable, la dette principale comme la dette accessoire. Mais la connaissance que le fidéjusseur a pu avoir de l'état d'esprit du *furiosus* ne saurait être un obstacle à ce qu'on démontre qu'en réalité le contrat n'a pas pu

(1) Constatons que cette doctrine ne trouve aucun appui dans les deux textes qu'il s'agit de concilier, puisque l'un et l'autre, celui qui annule comme celui qui valide la fidéjussion, parlent également d'un *furiosus*. — V. *suprà*, p. 17-29.

se former, faute de consentement, et si cela est prouvé, la fidéjussion doit nécessairement tomber. On imagine une sorte de présomption en vertu de laquelle le fou serait réputé avoir contracté dans un intervalle lucide, pour qu'ainsi il y ait une dette qui puisse servir de support à la fidéjussion. Cette singulière présomption pourrait-elle être opposée au fou lui-même, et justifier contre lui des poursuites, soit de la part du créancier, soit de la part du fidéjusseur? Évidemment non. Mais alors il est impossible de s'y méprendre : on décide, contrairement à la *ratio juris*, qu'un fidéjusseur peut s'obliger pour une dette qui n'existe pas.

VII. L'impossibilité bien constatée de justifier la décision de Marcellus, du moins dans son application au fidéjusseur du fou et du prodigue, nous conduit à rechercher si, en prenant place au Digeste, notre texte n'a pas été altéré par les commissaires de Justinien.

D'éminents critiques, tels que Huschke, Pernice, Lenel, Gradenwitz, pensent que le jurisconsulte parlait d'un *sponsor* ou d'un *fidepromissor*, et que les compilateurs, rencontrant la mention des deux anciennes formes du cautionnement, l'effacèrent pour y substituer une hypothèse de fidéjussion (1).

Cette conjecture me paraît extrêmement vraisemblable. Elle fournit, en dehors des mots *prodigove vel furioso* sur lesquels nous reviendrons tout à l'heure, une explication

(1) Huschke, *Jurispr. Antejust.* (*Gaius*, III, 119). Pernice, *Zum röm. Sacralr. : Sitzungsber. der Königl. Preuss. Akad. der Wissensch.*, 1886, p. 1191, n. 2. Lenel, *Palingen. jur.*, II, p. 475 (*Ulpien*, 404). Gradenwitz, *Interpolationen*, p. 37.

très satisfaisante de deux particularités de notre texte, qui ont fort embarrassé les commentateurs.

D'abord, les mots *pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato* ne se comprennent guère, nous l'avons constaté, de quelque manière que d'ailleurs on entende le sens général du texte. Ce n'est pas en ces termes que Marcellus devait s'exprimer, s'il est vrai qu'il parlait d'un engagement contracté par voie de *sponsio* ou de *fidepromissio*. Les deux anciennes formes du cautionnement ne pouvaient être employées que pour la garantie d'obligations nées *verbis*, et le jurisconsulte indiquait sans doute que le pupille avait fait une promesse proprement dite, en la forme de la stipulation. Il disait, suivant la conjecture de Huschke : *Si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate* VERBIS OBLIGATO ; ou mieux encore, suivant la restitution récemment proposée par Pernice : *Si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate* PROMITTENTE..... *spoponderit vel fidepromiserit*. Or, l'expression *verbis obligato* ou *promittente* ne pouvait pas être conservée au Digeste. Elle rappelait l'ancien principe, d'après lequel les dettes verbales étaient seules susceptibles d'être garanties par voie de *sponsio* ou de *fidepromissio*. Les compilateurs l'effacèrent et voulurent la remplacer par une expression plus générale, en conformité avec la règle qui permettait de se porter fidéjusseur pour une dette quelconque. Ils écrivirent donc : *Si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate* OBLIGATO..... *fidejusserit*. La correction n'était pas très heureuse. Le mot *obligato* semble donner à entendre que le pupille est civilement obligé ; il jure d'être accouplé avec *sine tutoris auctoritate*. La rédaction nouvelle peut donc être critiquée, mais elle s'explique très

bien par l'intention qu'eurent les compilateurs de généraliser une décision rendue en prévision d'une *sponsio* ou d'une *fidepromissio*.

L'autre singularité que présente notre texte est une incorrection choquante : EI *non subveniatur, quoniam* HIS *mandati actio non competit*. C'est une même personne, le fidéjusseur de l'incapable, qui se trouve ainsi désignée par les pronoms *ei* et *his*, l'un au singulier, l'autre au pluriel. Certains interprètes ont essayé d'écarter cette accusation de solécisme. Les uns, admettant une opinion dont j'ai déjà fait la critique, ont supposé que le texte portait *quamvis mandati actio non competit*, et ont imputé à une erreur de copiste la transformation de *quamvis* en *quoniam his* (1). D'autres, tels que Noodt (2) et Girtanner (3), se sont efforcés

(1) V. *suprà*, p. 275.

(2) NOODT, *Pandect., ad tit. De minorib.* D'après Noodt, les mots *ei* et *his* auraient été transposés. Il faudrait lire : *ut* HIS *non subveniatur, quoniam* EI *mandati actio... His non subveniatur :* c'est au pupille, au prodigue, au fou qu'il n'y a pas lieu d'accorder l'*in integrum restitutio. Ei mandati actio non competit :* c'est le fidéjusseur qui n'a pas l'*actio mandati* contre l'incapable. Pour comprendre le texte, ainsi rectifié, il faudrait le rapprocher d'un passage du livre 11 *ad edictum*, où Ulpien pose en principe que l'*in integrum restitutio* n'est jamais donnée à ceux qui trouvent, dans le droit commun, une protection suffisante : *si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium, ut puta cum pupillo contractum est...* D. IV, 4, *De minor.*, 16 pr. Le pupille, le prodigue et le fou sont précisément dans ce cas : ils ne peuvent être poursuivis ni par le créancier (ce que le jurisconsulte sous-entend), ni par le fidéjusseur, et c'est pourquoi ils n'ont pas besoin de demander l'*in integrum restitutio*. — Il est à peine besoin de montrer combien les termes de la loi *Marcellus* sont peu favorables à cette interprétation : on n'y voit rien qui permette de supposer que celui à qui le jurisconsulte refuse l'*in integrum restitutio* est à l'abri de toute poursuite.

(3) GIRTANNER, *Die Burgschaft nach gem. Civilr.*, I, p. 24 et s. D'après cet auteur, la question qu'agite Marcellus est bien celle de savoir s'il faut

de trouver une traduction qui rendît compte des pronoms, *ei* et *his*, sans les rapporter l'un et l'autre à la personne du fidéjusseur. Ce sont là d'ingénieuses tentatives, mais qui ne soutiennent pas l'examen. La traduction qui rapporte *ei* et *his* au fidéjusseur est confirmée par les Basiliques (1); elle s'impose. Le défaut d'accord des pronoms est sans doute le résultat d'une inadvertance, mais ce *lapsus* s'explique parfaitement si l'on veut bien admettre qu'ici les compilateurs ont substitué l'hypothèse d'une fidéjussion à celle d'une *sponsio* ou d'une *fidepromissio*. Marcellus disait : *si quis pro pupillo... spoponderit vel fidepromiserit, magis esse ut sponsori vel fidepromissori non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit.* Les commissaires chargés de la rédaction, ont d'abord remplacé *spoponderit vel fidepromiserit* par *fidejusserit;* puis ils ont rayé *spon-*

venir au secours du fidéjusseur; mais voici ce qu'il faudrait entendre par là. Le fidéjusseur peut-il agir contre le pupille, le prodigue ou le fou, qui ont joué le rôle de débiteur principal? Peut-il intenter contre eux l'*actio mandati contraria?* Non, décide le jurisconsulte, *quia his mandati actio non competit,* c'est-à-dire parce que le pupille, le prodigue et le fou n'ont pas eux-mêmes d'*actio mandati directa* à exercer contre le fidéjusseur, à raison du mandat qu'ils lui ont donné. Pourquoi cette action leur est-elle donc refusée? C'est que, ne pouvant eux-mêmes être poursuivis par le créancier, ils n'ont aucun intérêt à ce qu'un fidéjusseur s'engage pour eux. Cette dernière proposition est la base sur laquelle repose tout le système de Girtanner; or, elle est certainement fausse. Lorsqu'une personne est tenue naturellement, comme un pupille par exemple, on ne voit pas pourquoi le mandat qu'elle donnerait à un tiers de s'engager pour elle n'engendrerait pas l'*actio mandati*. La validité d'un tel mandat n'est pas contestable. V. Schwanert, *Naturaloblig.*, p. 377, n. 51; p. 393, 160, n. 12. Ubbelohde, *l. c. : Grünhut's Zeitschr.*, IV, p. 686, n. 2.

(1) *Basil.;* XXVI, 1. Ὁ ἐγγυησάμενος ἄνηδον χωρὶς αὐθεντείας τοῦ ἐπιτρόπου ἐνεχόμενον ἢ ἄσωτον ἢ μαινόμενον, ἐνέχεται μέν, οὐκ ἔχει δὲ κατ' αὐτῶν τὴν τῆς ἐγγύης ἐνοχήν. Ed. Heimbach, III, p. 97.

sori vel fidepromissori, et ont écrit simplement *ei;* mais oubliant de mettre la fin de la phrase d'accord avec cette correction, ils ont laissé subsister le pluriel *his,* devenu dès lors fautif. Cette conjecture a été récemment proposée par M. Pernice, le savant professeur de Berlin, et elle est tout à fait séduisante.

Je reconnais donc que, dans le texte primitif, il s'agissait d'un *sponsor* et d'un *fidepromissor.* Mais faut-il voir dans ce fait l'explication de la difficulté que nous cherchons à résoudre, de celle que soulèvent les mots *prodigove vel furioso?* M. Demangeat l'a prétendu (1). La décision que les interprètes ont vainement tenté de faire cadrer avec les principes de la fidéjussion, serait l'application d'une ancienne règle, propre à la *sponsio* et à la *fidepromissio.*

On ne pouvait s'engager comme *sponsor* ou comme *fidepromissor* que si des paroles solennelles avaient été prononcées pour donner naissance à l'obligation principale. Or, dit M. Demangeat, il n'était pas nécessaire que ces paroles eussent effectivement engendré une obligation. Gaius nous l'apprend, dans le passage de ses commentaires où il traite des divers modes d'*adpromissio* (2). Il suffisait qu'une stipulation eût été faite en la forme, pour que l'engagement du *sponsor* ou du *fidepromissor* pût s'y joindre. Peu importait qu'elle fût l'œuvre d'un prodigue ou d'un fou. Cette règle étroitement formaliste ne concernait pas le fidéjusseur. C'est ce que les compilateurs ont oublié, lorsqu'ils ont reproduit au Digeste la décision de Marcellus, mal à propos adaptée à une hypothèse de fidéjussion. L'an-

(1) Demangeat, *Cours de dr. rom.,* II, 3e éd., p. 312-314.
(2) Gaius, III, 119.

tinomie de Marcellus et d'Ulpien est due à cette méprise.

Est-il donc vrai qu'une promesse absolument inefficace ait pu servir de base à l'engagement d'un débiteur accessoire? Reportons-nous au texte de Gaius.

> Gaius, III, 119. Illi quidem (*sponsor et fidepromissor*) nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus, velut si [mulier] aut pupillus sine tutoris auctoritate, aut quilibet post mortem suam dari promiserit; at illud quæritur, si servus aut peregrinus spoponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur. Fidejussor vero omnibus obligationibus, id est, sive re, sive verbis, sive litteris, sive consensu contractæ fuerint obligationes, adjici potest. Ac ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit cui adjiciatur, adeo quidem ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui a servo fidejussorem accipiat, sive dominus in id quod sibi debetur.

La *sponsio* et la *fidepromissio* ne peuvent s'adjoindre, nous dit Gaius, qu'à une obligation verbale, mais elles sont valables alors même que l'auteur de la promesse ne serait pas obligé : *quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus*. On traduit, en donnant à ces derniers mots un sens absolu : « alors même que l'auteur de la promesse ne serait obligé d'aucune façon, ni civilement, ni naturellement; alors même par exemple qu'au moment du contrat, il n'aurait pas pu donner son consentement. »

Je ne puis admettre cette interprétation. Lorsque le jurisconsulte parle d'une promesse qui n'a pas fait naître d'obligation, il veut dire qu'aucune obligation *civile* n'en est résultée, et que par conséquent le promettant ne peut pas être poursuivi; mais, il sous-entend qu'une obligation

naturelle s'est formée, car, à défaut de ce *minimum* d'obligation, on ne concevrait pas qu'une dette accessoire pût exister (1). La manière dont s'exprime ici Gaius n'a rien que de conforme à la terminologie habituelle; les Prudents ont coutume de dire que l'obligation naturelle n'est pas, au sens propre du mot, une créance ou une dette (2). Ce qui prouve bien que notre texte doit être ainsi compris, c'est le choix des exemples cités par Gaius à l'appui de la proposition qu'il vient de formuler. Il suppose qu'une femme en tutelle ou un pupille a fait une promesse sans l'*auctoritas* du tuteur, ou bien qu'une personne quelconque a promis de *dare post mortem suam :* toutes hypothèses où il n'est pas douteux que le promettant ne soit obligé naturellement.

On objecte que notre texte a pour but de constater une différence entre les diverses sortes d'*adpromissores*. Il est vrai; mais la différence que le jurisconsulte signale n'est pas du tout celle qu'on imagine. C'est se méprendre absolument que de l'entendre en ce sens qu'on pourrait plus facilement s'engager comme *sponsor* ou *fidepromissor* qu'on ne le peut au moyen de la fidéjussion. Essayons de préciser le sens du texte.

Gaius nous apprend d'abord qu'à défaut d'un débiteur principal, obligé *verbis*, il ne peut y avoir de *sponsio* ou de

(1) On ne le concevrait pas, notamment, lorsqu'il s'agit d'une stipulation à laquelle un fou a pris part. Qu'on se rappelle en quels termes Gaius caractérise un tel acte. Ce n'est pas seulement une stipulation nulle : *nulla stipulatio*. Il faut dire que rien n'a été fait : *ne negotium quidem gestum ullum intellegitur*. D. XLVI, 1, *De fidej. et mand.*, 70 § 4. *Suprà*, p. 264, n. 1.

(2) JULIEN, D. XLVI, 1, *De fidej. et mand.*, 16 § 4. ULPIEN, D. L, 16, *De verbor. signif.*, 10. V. MACHELARD, *Oblig. natur.*, p. 1 et s.

fidepromissio valable, tandis qu'un fidéjusseur peut s'obliger pour toute espèce de dette. Puis il constate que, dans le cas de *sponsio* ou de *fidepromissio*, il n'est pas nécessaire que l'auteur de la promesse soit obligé : civilement obligé, traduisons-nous. Et cependant, ajoute-t-il, c'est une question discutée, de savoir s'il est permis d'intervenir comme *sponsor* ou comme *fidepromissor* pour un esclave ou pour un pérégrin. En matière de fidéjussion au contraire, il est certain qu'on peut cautionner toute obligation, civile ou naturelle, sans distinction, et notamment l'obligation naturelle née à la charge d'un esclave ou d'un pérégrin.

On voit quelle est exactement la différence qui sépare les deux théories. Dans l'une comme dans l'autre, il n'est pas nécessaire que le débiteur principal soit obligé civilement; il suffit, pour la validité de la fidéjussion, qu'il existe une dette, civile ou naturelle. Seulement la *sponsio* et la *fidepromissio* supposent d'autres conditions : il faut, pour qu'elles soient valables, que le débiteur principal ait contracté *verbis*, et il faut en outre, du moins d'après l'opinion de certains jurisconsultes, qu'il soit citoyen romain.

Cette dernière décision est particulièrement inconciliable avec l'interprétation que je repousse. Si une partie de la jurisprudence a pu soutenir qu'il était impossible de cautionner, au moyen d'une *sponsio* ou d'une *fidepromissio*, la dette naturelle née de la promesse d'un esclave ou d'un pérégrin, il n'est vraiment pas admissible que l'engagement contracté sous la même forme pour un fou aussi incapable de s'obliger naturellement que civilement, ait été tenu pour valable (1).

(1) Koeppen, *Der obligat. Vertrag unter Abwesenden : Iahrbücher*

VIII. Nous avons successivement éliminé les divers systèmes à l'aide desquels on a tenté de justifier la décision qui donne effet à l'engagement contracté pour un prodigue ou pour un fou. L'énigme reste-t-elle donc indéchiffrable?

Les divers auteurs dont j'ai constaté l'unanimité à reconnaître que Marcellus parlait de *sponsio* et de *fidepromissio,* s'accordent aussi à penser qu'il ne mentionnait ni le prodigue, ni le fou, et que la désignation de ces deux sortes d'incapables a été ajoutée au texte, de la main des compilateurs (1).

Ce qui rend cette partie de la loi justement suspecte, c'est d'abord l'incorrection flagrante de la décision prêtée au jurisconsulte, véritable hérésie juridique; c'est aussi, à ne considérer que la forme, le redoublement vicieux et inusité des consonnes *ve* et *vel.*

Si l'on reconnaît ainsi que les mots *prodigove vel furioso* ne figuraient pas dans le texte original, toute difficulté se trouve par là même supprimée, du moins pour l'époque classique. Mais cette hypothèse peut-elle être admise?

Pour ma part, j'incline à faire une distinction entre *prodigove* et *vel furioso.* C'est pour ces deux derniers mots

für die Dogmatik..., 1871, t. XI, p. 349, n. 401, 402. — Il est possible que, dans le droit primitif, lorsque le cautionnement se produisait en la forme du *vadimonium,* il fût indépendant de l'obligation du débiteur principal, et pût produire ses effets malgré la nullité de cette obligation. Voy. Cuq, *Institution des Romains*, p. 381. Mais ce que je conteste, c'est qu'à l'époque des jurisconsultes classiques, cette théorie ait été encore appliquée à la *sponsio* et à la *fidepromissio.*

(1) C'est du moins ce qu'admettent Pernice, Lenel et Gradenwitz. *Suprà,* p. 281, n. 1.

seulement que le reproche d'interpolation me paraît être justifié.

Il y a d'abord dans la forme incorrecte *prodigove vel furioso* une première raison de penser que le jurisconsulte avait écrit *prodigove* et que les rédacteurs du Digeste ont mis à la suite *vel furioso*, sans prendre garde à la redondance des conjonctions.

D'autre part, si la décision de Marcellus avait visé exclusivement le fidéjusseur du pupille, on ne comprendrait guère que les compilateurs eussent imaginé de l'étendre au fidéjusseur du prodigue et à celui du fou. Si on admet au contraire qu'il y avait *prodigove* dans la phrase primitive, on s'explique aisément que le nom de *furiosus* soit venu, pour ainsi dire de lui-même, se joindre à celui du prodigue. Ce rapprochement est, dans le langage des textes, si fréquent, si habituel, qu'il a dû tout naturellement se présenter à l'esprit.

Je pense donc, et sur ce point je suis d'accord avec M. Ubbelohde[1], que le texte primitif portait : *si quis pro pupillo... prodigove...* Dans cette hypothèse, la difficulté subsiste, du moins pour ce qui concerne le fidéjusseur du prodigue; mais, ainsi restreinte, elle ne me paraît plus inexplicable.

IX. C'est dans la distinction des deux systèmes d'interdiction que se trouve la solution du problème.

M. Ubbelohde s'est déjà placé à ce point de vue. Il reconnaît dans le prodigue dont parle Marcellus, une personne mise en curatelle par le magistrat, c'est-à-dire, suivant

(1) Ubbelohde, *l. c. : Grünhut's Zeitschrift*, IV, p. 685.

l'opinion que j'ai tenté de réfuter, une personne dont l'incapacité serait sanctionnée seulement par le droit prétorien; et ce qui explique, dans cette opinion, la validité de la fidéjussion, c'est précisément la dette, valable en droit civil, que le prodigue aurait contractée.

Cette explication, dont le principe même ne me paraît pas exact, a en outre le tort de ne fournir aucun moyen de concilier les décisions d'Ulpien et de Marcellus. M. Ubbelohde pense que, dans les deux textes, il s'agit d'un prodigue placé en curatelle par le magistrat, et s'il est vrai que le prodigue soumis à ce régime d'interdiction s'oblige civilement par ses contrats, de telle sorte qu'un fidéjusseur puisse cautionner sa dette, on ne voit pas pourquoi Ulpien déclare la fidéjussion aussi complètement nulle que s'il s'agissait d'un fou (1).

C'est une tout autre interprétation qu'il faut admettre. Si Ulpien et Marcellus nous donnent, en ce qui concerne le prodigue, des solutions contradictoires, c'est que le premier parle d'un prodigue mis en curatelle *exemplo furiosi,* et par conséquent aussi complètement incapable qu'un fou, tandis que l'autre fait allusion à un prodigue interdit *lege,* c'est-à-dire soumis à un système d'interdiction qui ne l'empêche pas de s'obliger.

A la vérité, l'expression qui servait à désigner le prodigue interdit *lege, is cui lege bonis interdictum est,* ne se

(1) Pour concilier les deux textes, M. Ubbelohde a recours à la distinction admise par beaucoup d'auteurs entre le fidéjusseur qui a eu connaissance du fait de l'interdiction et celui qui l'a ignoré. Mais cette doctrine n'échappe pas, sous la forme nouvelle qu'elle emprunte au système de l'incapacité prétorienne, aux objections qui ont été déjà présentées. *Suprà,* p. 278-279.

trouve pas dans la loi *Marcellus*. Le prodigue y est simplement appelé *prodigus*, sans qualificatif d'aucune sorte, et son nom se trouve même accolé à celui du fou, ce qui pourrait faire supposer qu'il s'agit bien d'un prodigue mis en curatelle *exemplo furiosi*. Mais ce rapprochement est incontestablement du fait de Tribonien. Cela nous avertit que nous devons ici nous tenir sur nos gardes. Le texte a été remanié. Or voici, à mon sens, comment et dans quel esprit il a dû l'être.

Selon toute vraisemblance, il portait : *prodigove cui lege bonis interdictum est*. Les compilateurs jugèrent avec raison que l'expression *cui lege bonis interdictum est* n'était plus d'accord avec le droit nouveau, et ils l'effacèrent. Leur attention se porta ainsi sur l'idée qui avait fini par devenir l'unique base de l'interdiction, sur l'assimilation de la prodigalité à la folie. Ainsi furent-ils amenés à étendre au *furiosus* la décision du jurisconsulte. C'est la même pensée qui a fait tout à la fois ajouter *vel furioso* et supprimer *cui lege bonis interdictum est*. Les deux interpolations sont liées l'une à l'autre, et du moment que la première paraît certaine, la seconde devient extrêmement vraisemblable.

En somme, l'ancienne décision de Marcellus ne concernait que le pupille et le prodigue interdit *lege*. L'erreur des compilateurs a été de l'appliquer au prodigue mis en curatelle comme fou et au *furiosus* lui-même. Ainsi s'est introduite dans le Digeste une de ces contradictions qui devaient susciter tant d'efforts d'interprétation, et dont il convient de charger la mémoire de Tribonien[1].

(1) Pour résumer cette longue discussion, je transcris ici, à la suite

X. La nouvelle rédaction de la loi *Marcellus* a-t-elle eu pour conséquence de modifier, sur le point qui nous occupe, les principes mêmes du droit? On ne peut pas, dans le droit de Justinien, faire abstraction de cette loi. Il est nécessaire de lui donner une place dans la théorie de l'incapacité du prodigue ou du fou. Comment doit-on l'expliquer?

Reconnaissons d'abord qu'elle n'a rien pu changer au caractère absolu de l'incapacité qui atteignait les fous et les prodigues interdits. Dans le droit de Justinien comme dans le droit antérieur, il est certain que le fou ne peut, en contractant, s'obliger d'aucune manière, ni civilement, ni naturellement. Quant au prodigue, soumis au nouveau

de la loi *Marcellus*, les diverses restitutions qui en ont été proposées :

TEXTE DU DIGESTE. Marcellus scribit, si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato prodigove vel furioso fidejusserit, magis esse ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit.

RESTITUTION DE CUJAS. Marcellus scribit, si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato prodigove vel furioso fidejusserit, magis esse ut ei non subveniatur, *quamvis* mandati actio non competit.

RESTITUTION D'A. FAVRE. Marcellus scribit, si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate (*a*) prodigove vel furioso fidejusserit, etc.

RESTITUTION DE NOODT. Marcellus scribit, si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato prodigove vel furioso fidejusserit, magis esse ut *his* non subveniatur, quoniam *ei* mandati actio non competit.

(*a*) *Obligato*, supprimé.

système d'interdiction qui a fini par se généraliser, il est toujours assimilé au fou, et par conséquent aussi incapable que le fou de contracter une obligation. C'est ce qui résulte de l'ensemble des textes, et particulièrement de la loi 6, D. *De verbor. oblig.*

La seule question discutable, à mon avis, est celle de savoir si, dans le dernier état du droit, un fidéjusseur peut valablement s'engager pour un prodigue ou pour un fou. C'est sur ce point que porte la contradiction de nos deux textes. Nous savons comment elle s'explique historiquement; mais l'interprète n'en doit pas moins prendre parti.

La question étant ainsi posée, on ne peut la résoudre qu'en s'arrêtant à l'une ou à l'autre des deux opinions que

RESTITUTION DE DEMANGEAT. Marcellus scribit, si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato prodigove vel furioso *spoponderit vel fidepromiserit*, etc.

RESTITUTION DE PERNICE. Marcellus scribit, si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate *promittente* (a) (b), *spoponderit vel fidepromiserit*, magis esse ut *sponsori vel fidepromissori* non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit.

RESTITUTION D'UBBELOHDE. Marcellus scribit, si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate *promittente* prodigove (c) *spoponderit vel fidepromiserit*, etc.

RESTITUTION PROPOSÉE PAR L'AUTEUR. Marcellus scribit, si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate *promittente* prodigove (d) *cui lege bonis interdictum est, spoponderit vel fidepromiserit*, etc. (e).

(a) Ou *verbis obligato*, d'après Huschke.
(b) *Prodigove vel furioso*, supprimé.
(c) *Vel furioso*, supprimé.
(d) *Vel furioso*, supprimé.
(e) La suite, comme dans la restitution de Pernice.

soutiennent les divers commentateurs, et qui, pour l'époque classique, ne nous ont pas paru acceptables.

Nous connaissons l'interprétation de Cujas, consistant à supposer que le pupille, le prodigue et le fou sont civilement obligés. Nous avons vu qu'elle dénature complètement la pensée de l'ancien jurisconsulte. M. Pernice estime pourtant que, pour expliquer notre texte, sous la forme qu'il a reçue au Digeste, il est nécessaire de revenir à cette interprétation. D'après lui, les compilateurs ont volontairement changé l'hypothèse que Marcellus prévoyait. Au lieu de *si quis pro pupillo promittente,* ils ont écrit : *pro pupillo obligato.* Ainsi s'est manifestée leur intention de n'appliquer la loi *Marcellus* que dans le cas où l'incapable serait effectivement obligé (1).

Que le mot *obligato* ait été substitué au mot *promittente,* il faut à la vérité l'admettre. Mais cette substitution s'explique suffisamment, nous l'avons vu, par le désir d'effacer tout vestige d'une ancienne règle de droit, spéciale à la *sponsio* et à la *fidepromissio;* et il ne me paraît nullement prouvé que les compilateurs aient voulu donner à la décision du jurisconsulte une portée d'application essentiellement différente de celle qu'elle avait dans le texte original. Si telle avait été leur intention, ils n'auraient pas maintenu les mots *sine tutoris auctoritate.* Nous avons d'ailleurs observé que la décision, ainsi comprise, serait très inexacte-

(1) Pernice, *l. c.* : « Die Compilatoren haben das Wort mit Bewusstein und Absicht geändert; denn es hätte an sich stehen bleiben können : sie haben mit dem *obligatus* etwas besonderes sagen wollen (*quod si pro furioso jure obligato fidejussorem accepero, tenetur fidejussor,* D. 46. 1. 70, 4). » *Sitzungsber. der K. Preuss. Akad der Wissensch.*, 1886, p. 1191, n. 2.

ment motivée (*quoniam his mandati actio non competit*), et cette observation est aussi concluante pour l'époque de Justinien que pour le droit antérieur.

J'écarte donc l'explication de Cujas, même sous la forme que lui a donnée M. Pernice. Dans la loi nouvelle, il s'agit bien d'un incapable qui a contracté sans pouvoir devenir débiteur. Reconnaissons dès lors que les rédacteurs du Digeste ont tenu la fidéjussion pour valable, bien que le prétendu débiteur principal ne soit pas obligé, et réservons seulement le cas où le fidéjusseur aurait ignoré l'incapacité de celui pour qui il est intervenu. Cette doctrine qui, malgré l'absence de toute dette principale, valide au moins dans une hypothèse l'engagement du fidéjusseur, est trop contraire à l'*elegantia juris* pour qu'un jurisconsulte de la belle époque ait pu l'admettre; mais il n'est pas impossible que le législateur byzantin l'ait consacrée.

Cette innovation pouvait se justifier par des considérations d'ordre pratique qui ne sont pas sans valeur. Du moment qu'un fidéjusseur, intervenant sciemment pour un prodigue ou pour un fou, consent à s'obliger, pourquoi ne lui permettrait-on pas de le faire? Cette intervention, sans laquelle le créancier ne consentirait pas à traiter, peut être fort utile pour le prodigue ou pour le fou, et elle est sans aucun danger pour lui, puisque son incapacité le protège. Le fidéjusseur, privé de tout recours contre l'incapable, n'a pas à se plaindre. C'est dans ces conditions qu'il a voulu s'engager. Il aurait pu le faire par une promesse de porte fort : est-ce parce qu'une formule de fidéjussion a été employée, que le but visé par les parties doit être manqué? Un tel raisonnement n'a rien à voir avec la logique rigoureuse qui, à l'époque classique, réglait les effets d'une

stipulation sur les paroles mêmes que les parties avaient prononcées, et assurément Marcellus n'a pas dû confondre la fidéjussion avec une promesse de porte fort; mais les rédacteurs du Digeste ont bien pu faire une semblable confusion (1).

(1) Sous l'empire de notre Code civil, doit-on admettre la validité du cautionnement fourni par un aliéné qui aurait pris part à un contrat? La question est aujourd'hui encore controversée. AUBRY et RAU, IV, § 424, n. 7.

V.

A partir de quel moment le prodigue devenait incapable, et comment il recouvrait la capacité.

I. D'après l'ancien système d'interdiction, il fallait un décret pour enlever la capacité au prodigue, et un autre décret pour la lui rendre. — II. D'après le nouveau système, le prodigue ne devenait incapable qu'en vertu de la décision du magistrat qui le mettait en curatelle comme fou, mais il recouvrait la capacité par cela seul qu'il changeait de genre de vie. — III. Textes sur lesquels cette doctrine se fonde. — IV. Comparaison entre les deux théories. Quelle est celle que le droit de Justinien consacre?

La dernière question qu'il nous reste à examiner est des plus discutées.

Les uns soutiennent que le prodigue, par cela seul qu'il faisait des dépenses exagérées, devenait aussitôt incapable, et qu'il cessait de l'être, du jour où il revenait à un genre de vie plus raisonnable, de telle sorte que le magistrat n'aurait eu à intervenir ni pour lui enlever, ni pour lui rendre la capacité (1). Les autres, en grande majorité, pensent que l'incapacité du prodigue résultait seulement d'un décret d'interdiction, et ne prenait fin qu'en vertu d'un autre décret, donnant, comme nous dirions aujourd'hui, mainlevée de l'interdiction (2). Certains admettent enfin qu'un décret devait être prononcé pour rendre le

(1) Doneau, *l. c.* : v. *suprà*, p. 134, n. 1.

(2) Glück, *Pandect.*, XXXIII, p. 184-194, p. 305-310. Rudorff, *Vormundschaft*, I, p. 135, n. 25; III, p. 229-231. Puchta, *Instit.*, II, § 202, n. *u*. Accarias, *Précis*, I, 4e éd., p. 435, n. 1.

prodigue incapable, et que pourtant cette incapacité était de nature à disparaître, par cela seul que l'interdit s'amendait (1).

D'après la doctrine que j'expose ici, chaque système d'interdiction avait ses règles propres (2).

I. Pour l'interdiction du droit ancien, il faut reconnaître qu'elle avait sa cause dans un décret prononcé par le magistrat, et que, pour y mettre fin, le magistrat devait rendre un nouveau décret.

Nous connaissons la formule d'où résultait l'incapacité du prodigue interdit *lege*. Elle ne peut laisser place à aucun doute. On s'est, il est vrai, fondé sur l'expression *lege interdicitur,* qui, suivant nous, caractérise l'ancienne interdiction, pour en conclure que le prodigue devenait incapable indépendamment de toute intervention du magistrat, par la seule volonté de la loi. Mais, j'ai déjà fait la critique de cette interprétation, aujourd'hui très généralement abandonnée (3). La formule d'interdiction est trop nette, trop expressive, pour qu'il soit possible de prétendre, comme l'ont fait certains auteurs, qu'elle avait seulement pour but de constater une incapacité déjà encourue. C'était bien elle qui rendait le prodigue incapable.

(1) Mainz, *Cours de droit romain,* III, 4e éd., p. 190-191. Petit, *Traité de droit romain*, 1892, p. 134.

(2) Nous avons vu que Cujas faisait aussi, à ce point de vue, une distinction entre l'ancienne interdiction et l'interdiction du droit nouveau; *suprà*, p. 134-135. Mais la distinction qu'il proposait est diamétralement opposée à celle que je vais développer. Suivant le grand romaniste, c'est à partir du jour où les magistrats s'attribuèrent la nomination des curateurs, que le décret d'interdiction serait devenu nécessaire.

(3) *Suprà*, p. 134.

Quant au décret qui tendait à supprimer dans l'avenir les effets de l'interdiction, nous n'en connaissons pas les termes, et il n'en est nulle part fait mention; cependant la nécessité d'un tel décret ne me semble pas contestable. Du moment que l'incapacité du prodigue interdit *lege* résultait d'une injonction, d'une défense solennellement formulée par le magistrat, il n'était pas possible qu'elle disparût sans que cette défense fût expressément rapportée. Les textes qui ont été invoqués en sens contraire sont étrangers au système de l'ancienne loi : nous les rencontrerons tout à l'heure. Quant à ceux qui traitent des prodigues interdits *lege,* il est vrai qu'on n'y trouve rien qui concerne le retrait de l'interdiction; mais on reconnaîtra qu'il n'y a pas lieu de s'en étonner, si l'on réfléchit à l'extrême rareté de ces textes.

II. L'interdiction du droit nouveau avait pour seul fondement l'assimilation de la prodigalité à la folie. Or on sait que les fous perdaient et recouvraient la capacité en même temps que la raison. Faut-il en conclure que le prodigue assimilé au fou devenait incapable par cela seul qu'il se conduisait de manière à dilapider sa fortune, et cessait de l'être, dès qu'il changeait de genre de vie?

Il y a là deux questions distinctes, qu'il convient d'examiner séparément.

Tout d'abord faut-il admettre que le prodigue, même avant d'avoir été reconnu tel et pourvu de curateur par le magistrat, était de plein droit, comme le fou, en état d'incapacité? Il semble, à première vue, que cette décision découle logiquement du principe sur lequel reposait le

nouveau système d'interdiction. On doit reconnaître pourtant que la conséquence n'a rien de nécessaire, et il y a de très fortes raisons de croire que les jurisconsultes romains ne l'ont pas admise.

Sans doute, le prodigue mis en curatelle par le magistrat était assimilé à un fou, mais rien ne prouve que les conséquences de cette assimilation se produisissent de plein droit, par cela seul que le prodigue dissipait son patrimoine. On conçoit très bien qu'elles fussent subordonnées à la déclaration du magistrat qui reconnaissait le fait de la prodigalité et procédait à la nomination du curateur. A mon avis, c'est seulement après cette déclaration que le prodigue tombait sous le coup d'une sorte de présomption de folie et devenait incapable.

On aperçoit aisément les inconvénients, les dangers que la doctrine contraire aurait entraînés, et c'est une première raison de croire qu'elle n'a pas été adoptée par la jurisprudence romaine. Supposons que vous ayez contracté avec une personne jouissant ou paraissant jouir d'une entière capacité : ne serait-il pas bien étrange qu'elle pût vous opposer la nullité du contrat sous le seul prétexte qu'elle se serait laissé entraîner à des dépenses excessives, sans proportion avec ses revenus? S'il était possible à un débiteur de se soustraire, pour un tel motif, aux conséquences de ses engagements, que deviendrait la sécurité dans les transactions?

Il est vrai que la folie est, à elle seule, une cause d'incapacité; mais la folie est un fait qui se manifeste au dehors, d'une manière non équivoque, et sur lequel il est en général possible de se renseigner. La prodigalité n'est pas aussi facile à vérifier. C'est chose purement relative, qui

dépend de la fortune et de la condition de chacun. Un poëte satirique l'a dit avec raison :

> *Atticus eximie si cœnat, lautus habetur;*
> *Si Rutilus, demens...* (1).

Ce qui est, chez l'un, prodigalité passe, chez l'autre, pour magnificence.

En tout cas, il n'appartient pas à un contractant d'apprécier si la personne qui traite avec lui observe exactement, dans ses dépenses, la mesure que la sagesse lui ordonne de ne pas dépasser. Aussi n'est-il guère croyable que la jurisprudence ait fondé sur le seul fait de la prodigalité toutes les conséquences de l'interdiction. Il faudrait, pour nous contraindre à l'admettre, des textes bien catégoriques. Or ces textes n'existent pas.

Loin de là. Nous avons remarqué que, même lorsque le prodigue est mis en curatelle *exemplo furiosi*, il porte le nom d'interdit : *is cui bonis interdictum est* (2). Cette expression ne nous indique-t-elle pas que si le prodigue, ainsi protégé, échappe au décret traditionnel d'interdiction, il n'en est pas moins atteint par la décision du magistrat, qui est une interdiction d'un nouveau genre? Un rescrit de Dioclétien (3) nous le dit plus expressément encore : *is cui curatore dato bonis interdictum est;* c'est de la nomination du curateur que résulte l'interdiction du prodigue et par suite son incapacité. Un fragment d'Ulpien, déjà cité (D. XII, 1, *De reb. cr.*, 9 § 8), achève de

(1) Juvénal, *Satir.*, XII, v. 1-2.
(2) *Suprà*, p. 181-186.
(3) C. J., II, 22, *De in integr. restit.*, 3. — *Suprà*, p. 184.

le démontrer (1) : on y voit, en effet, par la façon même dont le jurisconsulte pose la question à résoudre, que ce n'est pas avant la décision du magistrat que le prodigue devient incapable, et il n'est pas possible de supposer que ce texte ait en vue un prodigue interdit *lege*.

Il ne faut donc pas exagérer le principe de l'assimilation entre la prodigalité et la folie. On n'a jamais dit des prodigues ce qu'on a dit des fous, qu'ils étaient incapables naturellement : *naturâ* (2). Incapables comme des fous, il ne l'étaient pas de plein droit. Ils le devenaient, en suite de la décision qui constatait le fait de la prodigalité (3).

Est-ce à dire que, pour mettre fin à leur incapacité,

(1) Ulpien, D. XII, 1, *De reb. cred.*, 9 § 7. *Sed si ei numeravero cui* postea *bonis interdictum est,* mox *ab eo stipuler, puto pupillo eum comparandum, quoniam et stipulando sibi aquirit.* Voy. *suprà*, p. 168, 174.

(2) Gaius, D. XLIX, 7, *De oblig. et act.*, 1 § 12 : *furiosum... nihil agere* natura *manifestum est.*

(3) Certains auteurs ont voulu donner à l'incapacité de l'interdit un point de départ un peu différent de celui que je viens d'admettre. Les uns ont proposé de reculer l'effet de l'interdiction jusqu'à l'accomplissement de certaines formes de publicité qui auraient été destinées à prévenir les tiers. D'autres ont, au contraire, attribué à la décision du magistrat un effet rétroactif remontant au jour où la demande en nomination d'un curateur avait été introduite, de manière à rendre nuls les actes que le prodigue aurait pu faire depuis ce jour jusqu'à la nomination du curateur. On ne trouve rien dans les sources qui confirme l'une ou l'autre de ces hypothèses. V. Glück, *Pandect.*, XXXIII, p. 191-192. — On a soutenu aussi que les actes antérieurs à l'interdiction pouvaient au moins être rescindés, comme ceux des mineurs de vingt-cinq ans, pour cause de lésion; mais cette application de l'*in integrum restitutio* ne repose sur aucun fondement. Les textes sur lesquels on s'est efforcé de l'appuyer sont étrangers à notre matière, et prouvent simplement qu'à d'autres égards la condition du prodigue interdit pouvait se comparer à celle du mineur pourvu de curateur. C. J., II, 22, *De in int. rest.*, 3. Glück, *Pandect.*, XXXIII, p. 184, n. 30. Windscheid, *Pandect.*, I, § 71, n. 9 b.

une nouvelle décision de justice dût être rendue? C'est là une tout autre question. Le magistrat qui mettait des prodigues en curatelle, ne les frappait, à proprement parler, d'aucune déchéance; il reconnaissait simplement en eux l'existence d'une maladie mentale qui les empêchait d'administrer leur patrimoine et rendait indispensable la nomination d'un curateur. Aussi, dès que cette maladie venait à disparaître, leur incapacité n'avait plus de cause. Elle devait immédiatement cesser, comme celle du fou qui recouvrait la raison. Il ne serait pas conforme à l'esprit du nouveau système d'admettre, après le retour du prodigue à une vie régulière, la persistance d'une capacité dont il n'avait été frappé qu'en sa qualité de fou.

L'assimilation de la prodigalité à la folie ne nous a pas, il est vrai, semblé une raison suffisante de croire que le prodigue devînt incapable de plein droit, en dehors de l'intervention du magistrat. Elle nous oblige au contraire à reconnaître que le prodigue, une fois déclaré incapable pour cause de folie, pouvait, comme le fou, recouvrer la capacité sans que le magistrat intervînt. Il n'y a, quoi qu'on puisse d'abord en penser, aucune contradiction dans cette manière de résoudre la double question que nous nous sommes posée. On peut, sans manquer à la logique, décider d'une part que la prodigalité ne commençait à devenir une cause d'incapacité que du jour où le magistrat la déclarait comparable à la folie, et d'autre part soutenir que cette incapacité, une fois établie, était, comme celle du fou, de nature à disparaître, dès que le fait même de la prodigalité n'existait plus. Il s'agit seulement de prouver que telle était bien la théorie romaine.

III. Cette preuve nous est fournie par deux textes. L'un est d'Ulpien, et fait partie de la célèbre loi, déjà longuement commentée, qui ouvre au Digeste le titre *De curatoribus furioso*. L'autre appartient au titre des Sentences de Paul où nous avons rencontré la formule de l'ancien décret d'interdiction.

> ULPIEN, 1, *ad Sabin.*, D. *De curat. fur.* (27, 10), 1 pr..... Sed solent hodie prætores vel præsides..... curatorem ei dare exemplo furiosi : et tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit : quod si evenerit, ipso jure desinunt esse in potestate curatorum.
>
> PAUL, *Sentent.*, III, 4ᵃ, § 12. Prodigus recepta vitæ sanitate, ad bonos mores reversus, et testamentum facere et ad testamenti solemnia adhiberi potest.

Pour quiconque n'est pas prévenu, le sens de ces textes est parfaitement clair. Le retour du prodigue à un genre de vie raisonnable, met fin de plein droit à la curatelle. C'est le principe que formule Ulpien d'une manière générale. Paul en fait l'application à la capacité de tester ou de figurer comme témoin dans un testament.

Dans les deux textes, il s'agit très certainement du prodigue mis en curatelle par le magistrat. Ulpien le dit en termes formels; il rattache la solution qu'il nous donne à cette idée que le magistrat organise la curatelle du prodigue sur le modèle de la curatelle du fou, *exemplo furiosi*. Quant au fragment des Sentences, il y est simplement question d'un prodigue, *prodigus*, sans épithète, d'où il est permis de conclure qu'ici le jurisconsulte n'avait pas en vue un prodigue interdit *lege*. La place que ce fragment occupe dans le titre *De testamentis* tend d'ailleurs à le démontrer :

il vient immédiatement après le § 11 où il est traité du *mente captus;* or nous savons que la curatelle dative du prodigue ressemblait à celle du *mente captus,* et que toutes deux furent créées sur le modèle de la curatelle du *furiosus.* Enfin, que l'on se reporte au texte d'Ulpien, où il est question de l'incapacité testamentaire des prodigues interdits *lege* (1); on n'y trouvera pas la solution contenue dans les Sentences, et la différence de rédaction de ces deux fragments répond bien à la différence des principes qui s'appliquaient aux deux systèmes d'interdiction.

La plupart des commentateurs contestent que le prodigue interdit pût, sans un décret, recouvrer la capacité; mais ils ne parviennent pas à expliquer les deux fragments d'Ulpien et de Paul. Ce n'est pas les expliquer, en effet, que d'en donner l'interprétation communément admise. Là où il est écrit que la cessation de la curatelle résulte d'un simple changement dans les habitudes du prodigue, on sous-entend une autre condition, que les deux jurisconsultes omettent absolument de mentionner, celle du décret que le magistrat devrait rendre pour constater ce changement et mettre fin à la curatelle. Avec un tel procédé de traduction, il n'y a rien qu'on ne puisse lire dans les textes.

Ipso jure *desinunt esse in potestate curatorum.* Ces mots, où la pensée d'Ulpien s'exprime de la manière la plus nette, sont particulièrement impossibles à concilier avec la doctrine générale. On s'est efforcé d'en affaiblir la portée à l'aide de raisonnements subtils, qui ne sauraient nous convaincre.

Au commencement de notre texte, il est dit que les

(1) Ulpien, XX, 13; D. XXVIII, 1. *Qui test. fac.,* 18 pr.

prodigues sont frappés d'interdiction *lege,* par la loi, sans qu'il soit fait aucune mention du rôle joué par le magistrat, et cependant il faut reconnaître qu'un décret d'interdiction devait être prononcé. De même, a-t-on dit, lorsque le jurisconsulte nous parle d'interdits qui recouvrent leur capacité *ipso jure,* comme ayant changé de genre de vie, on doit entendre qu'ils la recouvrent à la suite d'un décret. La nécessité de l'intervention du magistrat est passée sous silence dans l'un et dans l'autre de ces deux passages. Il faut, dans tous deux, la sous-entendre (1).

Cette argumentation n'est que spécieuse.

Il n'y a rien à conclure du rapprochement qu'on établit entre les deux expressions employées par Ulpien au commencement et à la fin du texte. Dans la première phrase, les mots *lege interdicitur* ne peuvent pas, nous l'avons reconnu, signifier que l'interdiction avait lieu de plein droit; ils rappellent simplement qu'elle était fondée sur la loi des Douze-Tables. Dans la dernière phrase, les mots *desinunt ipso jure* ne peuvent au contraire signifier qu'une chose, à savoir que les pouvoirs du curateur cessent de plein droit, dès que le prodigue s'amende. En effet, s'ils n'avaient pas une telle portée, on ne voit pas quel sens il serait possible de leur donner, à moins de soutenir qu'ils expriment cette idée tout à fait banale, et qui serait aussi bien à sa place dans toute circonstance où les pouvoirs du curateur prennent fin, à savoir que la cessation de la curatelle est consacrée par le droit.

Ce qui rend toute hésitation impossible, c'est la comparaison que fait Ulpien entre le prodigue et le fou. Le

(1) V. Reinold, cité par Lück, *Pandect.*, XXXIII, p. 309-310

principe d'où dépend le maintien ou la cessation de la curatelle est formulé en une seule et même phrase qui s'applique tout à la fois aux deux sortes d'incapables. Pour ce qui est du fou, on ne peut pas contester que le seul fait de sa guérison ne mette fin à son incapacité, et les mots *ipso jure* ont bien, en tant qu'ils se rapportent à lui, le sens que nous leur donnons. Comment admettre qu'en tant qu'ils visent le prodigue, ces mêmes mots aient un autre sens? La logique du langage s'y oppose. La pensée manifeste du jurisconsulte n'y est pas moins contraire. Ulpien part de cette idée que la curatelle du prodigue est organisée sur le modèle de la curatelle du fou. Son intention est donc bien de signaler une ressemblance entre ces deux institutions. L'opinion générale transforme cette ressemblance en contraste.

Mais, c'est trop insister sur ce qui est l'évidence même. Comment donc comprendre qu'une doctrine nettement contraire aux textes soit suivie par la grande majorité des auteurs? On y parviendra peut-être, si l'on réfléchit à l'embarras très grand où se trouvent réduits ceux qui prétendent ramener à un type unique les décisions divergentes des textes. Comme ils attribuent une portée générale aux documents d'où il résulte que l'incapacité des prodigues avait sa cause dans un décret d'interdiction, ils sont logiquement entraînés à décider qu'un décret était dans tous les cas nécessaire pour la faire cesser; ils n'ont aucun moyen d'expliquer qu'elle pût disparaître par le seul fait que l'interdit cessait de se comporter en prodigue. Cette dernière solution est, il est vrai, consacrée par Paul et par Ulpien; mais elle paraît très justement en contradiction avec l'esprit même du système, et beaucoup pré-

fèrent rejeter le témoignage des deux jurisconsultes ou le fausser par une interprétation manifestement inexacte, plutôt que de faire échec à la logique (1).

Il n'y a qu'un moyen d'échapper à cette extrémité : c'est d'admettre qu'il y eut deux sortes d'interdiction, l'une résultant d'un décret et prenant fin par l'effet d'un autre décret, l'autre reposant sur l'assimilation qu'établissait le magistrat entre la prodigalité et la folie, et ne durant qu'autant que persistait le fait même de la prodigalité.

Je suis d'accord, sur ce point, avec M. Ubbelohde (2). Le savant auteur admet notamment qu'il suffisait au prodigue mis en curatelle par le magistrat de revenir à des mœurs meilleures pour que sa capacité lui fût rendue; seulement il explique ce résultat en disant que le préteur refusait, en pareil cas, de s'opposer à l'efficacité de l'acte, toujours valable *jure civili*, et ne mettait plus obstacle à l'application du droit civil. C'est ce qu'Ulpien aurait exprimé en disant : IPSO JURE *desinunt esse in potestate curatorum*. Ces mots seraient un vestige de l'ancienne théorie qui, d'après M. Ubbelohde, frappait d'une incapacité prétorienne le prodigue mis en curatelle par le magistrat.

Il me suffira de faire remarquer ce que cette interprétation des mots *ipso jure* a de forcé. On traduit le texte en ce sens que, si le prodigue s'amende, ses actes cessent d'être paralysés par le droit prétorien. Mais, pour exprimer cette idée, Ulpien n'aurait pas dit : *desinunt* IPSO JURE...; il aurait dit bien plutôt : *desinunt* JURE PRÆTORIO...

En réalité, la phrase dont M. Ubbelohde tire argument

(1) Ainsi raisonne RUDORFF, *Vormundschaft*, III, p. 230.
(2) UBBELOHDE, *l. c. : Grünhut's Zeitschrift*, IV, p. 693-694.

en faveur de son système, ne fait aucune allusion au prétendu conflit du droit prétorien et du droit civil. Ce qui le démontre bien, c'est qu'elle vise tout à la fois ceux qui ont cessé d'être fous et ceux qui ont cessé d'être prodigues. Or nul doute que le fou ne soit incapable *jure civili* tant que dure sa folie, et ne redevienne capable *jure civili* dès qu'elle cesse.

IV. On voit, en somme, en quoi différaient, dans les deux systèmes que nous distinguons, les règles concernant le commencement et la fin de l'incapacité du prodigue. Le point de départ était le même, d'après le droit des Douze-Tables et d'après le droit nouveau : le prodigue ne devenait incapable qu'autant que le magistrat l'avait frappé par un décret rendu conformément à la loi, ou l'avait assimilé à un fou, suivant l'idée nouvelle admise par la jurisprudence. Au contraire, la cessation de l'incapacité n'était pas réglée de la même manière dans les deux systèmes : pour redevenir capable, le prodigue interdit *lege* devait obtenir un nouveau décret; le prodigue mis en curatelle par le magistrat n'avait qu'à se corriger lui-même.

Le premier de ces deux systèmes, celui qui exigeait l'intervention du magistrat tout à la fois pour que le prodigue devînt incapable et pour qu'il cessât de l'être, peut paraître plus rigoureusement, plus logiquement ordonné. Mais c'est au point de vue pratique qu'il faut se placer pour juger des avantages et des inconvénients que l'un et l'autre présentaient.

Supposons qu'une personne, interdite pour cause de prodigalité, mais ayant fini par acquérir l'esprit d'ordre et d'économie, ait fait des actes juridiques dont l'opportunité

et la sagesse ne sauraient être contestées, mais rentrant toutefois parmi ceux qu'il n'est pas permis à un interdit d'accomplir. Ces actes sont nuls, d'après le droit ancien. Le droit nouveau leur donne effet. Le premier système a l'avantage de déterminer d'une manière fixe et certaine la capacité de l'interdit ; il ne permet pas de mettre en question le point de savoir si l'interdit n'a pas, en changeant de genre de vie, changé aussi de condition juridique; il coupe court aux difficultés, aux procès que le second système doit inévitablement susciter. Mais, à d'autres égards, celui-ci n'est-il pas préférable? N'a-t-il pas ce grand avantage de donner satisfaction à l'intérêt des tiers, en validant les actes que l'interdit, guéri de sa prodigalité, a pu accomplir? Sans doute, le prodigue a besoin d'être protégé; mais, lorsqu'il cesse de se mal conduire, la raison d'être de cette protection n'existe plus, et il n'y a aucune raison de ne pas admettre l'efficacité d'actes dont le maintien peut avoir la plus grande importance pour ceux qui y ont pris part.

Cette innovation dut être jugée d'autant plus utile que la loi romaine n'avait pas organisé de système de publicité, destiné à porter à la connaissance des tiers les décisions portées contre les prodigues. Aussi pouvait-il arriver que ceux qui contractaient avec un interdit n'eussent pas connaissance du décret d'interdiction, et que, s'il s'agissait d'un ancien dissipateur devenu bon administrateur de sa fortune, ils fussent précisément induits en erreur par l'apparence. Le danger n'était pas grand, à l'origine, parce que, dans les limites restreintes de l'ancienne cité, le décret d'interdiction prononcé contre un citoyen devait en fait n'être ignoré de personne; mais, à mesure que Rome éten-

dit sa domination et que s'accrut le nombre des citoyens, on dut être plus fréquemment exposé à traiter, à son insu, avec des gens que de telles mesures avaient atteints. Aussi est-il tout naturel qu'en organisant une nouvelle sorte d'interdiction pour les prodigues à qui l'ancienne loi n'était pas applicable, la jurisprudence ait tenu un plus grand compte de l'intérêt des tiers que ne l'avait fait le droit antérieur.

C'est ce nouveau système que le droit de Justinien devait naturellement consacrer. Aussi le fragment d'Ulpien qui en donne très nettement la formule, a-t-il seul pris place au Digeste.

CONCLUSION.

Le Droit de Justinien, et la Novelle XXXIX de Léon.

I. Nous savons maintenant comment s'est formée la théorie de l'incapacité des prodigues interdits, telle que le Digeste la consacre. Les origines historiques de cette institution nous ont donné l'explication des principales difficultés qu'elle présente.

L'idée fondamentale sur laquelle le préteur s'était appuyé pour mettre en curatelle les prodigues dépourvus de curateurs légitimes, a fini par se généraliser. Elle était unie à la curatelle dative, et j'ai montré ailleurs comment ce genre de curatelle s'est peu à peu développé jusqu'à exclure absolument la curatelle légitime (1). La fiction de folie, qui avait eu pour but de justifier la curatelle dative du prodigue, fut donc étendue à tous les prodigues. Elle devint, dans tous les cas, le fondement de leur incapacité.

C'est ce que démontre particulièrement le célèbre fragment du Digeste, qui a été le point de départ de cette étude, et qui nous en fournit maintenant la conclusion (2).

(1) *Nouvelle Revue historique de droit*, XV, 1891, p. 310-328.
(2) Ulpien, D. XXVII, 10, *De cur. fur.*, 1.

Sed solent hodie prætores vel præsides, si talem hominem invenerint qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, curatorem ei dare exemplo furiosi. Il faut décidément reconnaître que ce texte a été remanié par les compilateurs. Le membre de phrase, *si talem hominem invenerint... dissipando profudit,* est d'une langue suspecte. Les rédacteurs du Digeste l'ont introduit dans le fragment d'Ulpien pour exprimer que le système d'interdiction, fondé sur la nomination d'un curateur *exemplo furiosi,* devrait désormais s'appliquer en toute hypothèse (1).

Le même texte mentionne encore, il est vrai, l'ancienne interdiction, prononcée conformément à la loi des Douze-Tables. Mais il ne faut voir dans cette mention qu'un souvenir historique, que les compilateurs ont tenu à rappeler en tête du titre *de curatoribus furioso.* La proposition *lege duodecim tabularum prodigo interdicitur,* n'a plus, dans le droit de Justinien, aucune application pratique, et plus tard, dans les Basiliques, les compilateurs du neuvième siècle s'abstiendront de la reproduire (2).

Nous connaissons les conséquences de l'assimilation admise entre la prodigalité et la folie; nous savons qu'elles furent très rigoureusement déduites. Réputé fou en tant qu'il faisait certains actes, l'interdit ne pouvait, pas plus que le fou, agir avec le consentement de son curateur, et s'il intervenait dans un contrat, il était, comme le fou, incapable de s'obliger, même naturellement. Il demeurait

(1) V. *Suprà,* p. 95, n. 2; p. 152, n. 1.

(2) Basiliques, XXVIII, 10 : éd. Heimbach, III, p. 769. La traduction du texte d'Ulpien (D. XXVII, 10, 1) débute ainsi : Τῷ ἀσώτῳ μήτε μέτρον μήτε καιρὸν ἐπισταμένῳ δαπάνης δίδοται πρὸς μίμησιν τοῦ μαινομένου κουράτωρ.

dans cet état jusqu'au moment où il changeait de manière de vivre, de même que le fou demeurait incapable tant qu'il n'avait pas recouvré la raison. C'étaient les solutions qu'avait très logiquement admises la jurisprudence, et Justinien les consacra.

Nous avons pourtant rencontré au Digeste d'autres règles de droit qui ne sont point en harmonie avec le système jurisprudentiel : celle qui permet au prodigue de faire adition d'hérédité; celle qui autorise le fidéjusseur à s'obliger pour lui. C'étaient là, dans le droit classique, des règles spéciales aux prodigues interdits *lege*. Dans le droit nouveau, elles se combinent avec le système fondé sur l'assimilation de la prodigalité à la folie. Peu importait au législateur byzantin que la logique fût en défaut. Il tenait seulement à apporter, sur certains points, quelque adoucissement à la rigueur de la condition faite aux prodigues.

Ainsi modifiée, la théorie des Prudents est demeurée en vigueur, dans l'empire d'Orient, jusqu'à la fin du neuvième siècle ou au commencement du dixième. Vers cette époque, une novelle de Léon le Philosophe la renversa (1).

II. Il n'est pas sans intérêt d'examiner ici, en terminant, le texte de cette novelle. Je le reproduis, d'après la traduction latine d'Agylée.

> Novelle de Léon, XXXIX. *Ut prodigus quæ ex re ipsius sunt, facere possit.* Mortalium nemo ad eam absolutionem

(1) Léon le Philosophe régna de 886 à 911. — On sait que les novelles de cet empereur n'ont pas eu d'influence sur notre ancien droit. Certains de nos anciens commentateurs ont même soutenu, à tort sans doute, qu'elles n'avaient jamais eu force légale. Voy. Mortreuil, *Histoire du droit byzantin*, II, p. 317 et s.

pervenit, ut non obnoxie aliquando res suas gerat : neque quisquam (ni fallor) ita desipit, quin crebro sibi utilis esse possit. Neque enim qui in omnibus prudentiæ suæ fidit, hunc omnia irreprehensibiliter facere sinit Deus : neque Idem, cum creator creaturæque suæ curator sit, mentis inopem per omnia ex imprudentia frustrari permittit. Præfatus hoc sum propter illam legem quæ prodigum de rebus suis quicquam aut velle aut statuere omnibus modis prohibet. Quam quidem legem, conjectis in res gestas oculis, pro illarum ratione, non autem ita simpliciter sancire, et si quid inutiliter gestum esset, non admittere, in quo vero aliqua utilitas verteretur, id suscipere oportebat. Nunc vero nihil istiusmodi præscribit, sed in universum prodigo de rebus suis consultandi potestatem adimit. Id nos recto judicio non convenire suspicati, legem illam relaxantes, statuimus ut quæ judicium erroneum quodque prodigum designet, dictet, neque approbatione, neque confirmatione digna habeantur : quæ vero ad utilitatem spectent, suspiciantur atque nequaquam reprobentur. Quid enim, si prodigus aut hereditatem necessariis suis relinquere, aut pauperibus sua distribuere, aut denique gravem servitutis torquem servorum cervicibus adimere velit ? An ideo quod prodigus est, id illi non licere velle dicendum? Quid, si quum prædium damnosum habeat, alter quispiam, qui vitio mederi possit, majore pretio quam quanti prædium sit, id emat ipsumque damno levet? An prodigalitas, quominus ille sibi consulat, utiliterque negotietur, impediet ? At rationem non video. Quod itaque dixi, rerum gestarum conditio observatur, et si in ea prodigi mores non conspiciantur, quod actum est, ratum esto : si vero a prudenti rerum gestione aberratum esse appareat, id neque approbatione, neque confirmatione dignum habetur.

« De tous les mortels, dit l'auteur de la Novelle, il n'en est pas de si parfaitement sages qu'ils n'aient parfois à se reprocher de mal gérer leur fortune; il n'en est pas non plus de si insensés qu'il ne leur arrive souvent d'agir

ainsi qu'il convient. Et en effet, Dieu ne permet pas que ceux qui ont le plus de prétentions à la sagesse soient toujours exempts de reproches. Dieu, qui a tout créé, et qui est, pour ainsi dire, le curateur de ses créatures, ne souffre pas que les plus dépourvus de sens soient en toutes choses victimes de leur sottise. Ce qui nous inspire ces réflexions, c'est cette loi qui déclare le prodigue incapable de vouloir et d'agir en aucune façon, relativement à son patrimoine. »

Après ce singulier préambule, l'empereur reproche à la loi d'annuler indistinctement tous les actes du prodigue. « Au lieu de les annuler purement et simplement, ne convient-il pas plutôt de rechercher dans quelles circonstances et pourquoi ils ont été faits, d'invalider ceux qui ne sont vraiment pas justifiables, de confirmer ceux qui ont leur raison d'être? Or, ce n'est pas ce que fait la loi. Elle enlève absolument au prodigue le droit d'avoir une volonté pour les affaires qui l'intéressent. »

L'empereur fait ainsi allusion au principe d'après lequel le prodigue était assimilé à un fou, bien qu'il omette de dire que ce principe était limité à certains actes, à ceux qui rendaient la condition pire et au testament. Puis il ajoute : « Estimant que cela n'est pas conforme à la saine raison et supprimant la rigueur de l'ancienne loi, nous décidons que, si l'acte accompli par le prodigue a été inspiré par l'esprit de prodigalité, il ne sera pas tenu pour valable ; mais que, s'il est vraiment utile, il produira ses effets et ne sera nullement infirmé... »

Il dit encore, à titre d'exemple, que le prodigue ne doit pas être incapable de tester en faveur de ses proches, non plus que de distribuer ses biens aux pauvres, ou d'affranchir ses esclaves ; qu'il ne doit pas non plus l'être de

faire une opération lucrative, par exemple de vendre un immeuble dont il lui est difficile de tirer parti, si un tiers qui a le moyen de l'utiliser lui en offre un bon prix. On devra, dans tous les cas, tenir compte des circonstances, et se demander si, en fait, l'acte du prodigue est ou n'est pas digne d'approbation.

La Novelle XXXIX nous a déjà servi à montrer quels étaient, en matière d'interdiction, les traits caractéristiques du droit de Justinien (1). Envisagée en elle-même, elle paraît assez bizarre, soit par les considérations philosophiques et religieuses qu'elle développe d'un style déclamatoire, soit par les dispositions qu'elle renferme. Il est, en effet, permis d'avoir des doutes sur l'excellence d'un système de législation qui fait dépendre uniquement de l'appréciation du juge la validité des actes que l'incapable a pu faire.

Le droit de Justinien n'échappait pas complètement à cette critique, puisque la question de savoir si l'interdit n'était pas revenu à des mœurs meilleures et n'avait pas ainsi recouvré la capacité, pouvait toujours être posée. Mais, d'après le système de la Novelle, il n'y a plus rien qui fasse obstacle à l'arbitraire du juge. Même dans les moments où il est certain que l'interdit n'a pas cessé d'être prodigue, il n'y a aucun acte juridique qu'il ne puisse valablement accomplir, s'il a, pour le faire, quelque motif raisonnable (2).

(1) V. *suprà*, p. 261-262.

(2) Une partie seulement de cette étude sur la prodigalité a paru dans la *Nouvelle Revue historique de droit*, 1890, XIV, p. 521-587, sous ce titre : *Essai sur l'histoire de l'interdiction et de la curatelle des prodigues en droit romain*. Tirage à part, 67 p.

TABLE DES TEXTES

CITÉS OU COMMENTÉS (1).

SOURCES LITTÉRAIRES.

ACRON, sur HORACE :
Satires, II, 3, v. 214 : p. **50**, n. 1 ; p. 214, n. 3.
— v. 278 : p. 41, n. 3 (p. 42).

ARÉTÉE, *De causis et signis diuturnorum morborum*, VII, *in fine* : p. 45, n. 2.

ARISTOPHANE, *Les Nuées*, v. 844-846 : p. **196**.

ASCONIUS, sur CICÉRON, *in toga candida* : p. 89, n. 3.

AULU-GELLE, *Nuits attiques*, VI, 11 : p. 136, n. 1.
— VI, 11, 1-2 : p. 93, n. 3.
— VI, 11, 7 : p. **93**, n. 2 et 4.
— VI, 11, 8 : p. 93, n. 1.
— VI, 11, 9 : p. 95, n. 3 ; p. **97**, n. 1 ; p. 103, n. 4 (p. 104).
— X, 23, 4 : p. 128, n. 1.

CÆLIUS AURELIANUS, *De morbis chronicis*, I, 5, 6 : p. 14, n. 2 ; p. **36**, n. 2 ; p. **55**, n. 1 ; p. **60-61**.

CAPITOLINUS, *Vita Marci*, 10 : p. 94, n. 4.

CELSE, *De medicina*, III, 18 : p. 13, n. 5 ; p. 14, n. 2 ; p. **53-61**.

CICÉRON :
De divinat., I, 31, 66 : p. 19, n. 1 ; p. 42, n. 2.
— I, 57, 129 : p. 52, n. 1.
— II, 48, 100 : p. 19, n. 1.
De finibus bon. et mal., III, 10, 35 : p. 193, n. 1.
De harusp. resp., 18, 39 : p. **41**, n. 1.
De invent., II, 50, 148 : p. **10**, n. 1 ; p. 214, n. 2.
De leg. agrar., II, 18, 48 : p. 94, n. 2.
De legibus, III, 8, 19 : p. 27, n. 2.
Lucullus (*Academ. prior.*, II), 17, 52-53 : p. 52, n. 1.
De offic., II, 16, 55-56 : p. **95-96**.

(1) Les passages marqués, dans cette Table, en caractères gras, sont ceux qui contiennent la reproduction du texte, ou des explications particulièrement détaillées.

De orat., I, 44, 195 : p. 193, n. 2 (p. 194).
— II, 55 : p. 88, n. 1.
— II, 61, 248 : p. 193, n. 3.
In Pisonem, 20, 47 : p. 21, n. 1; p. 52, n. 1.
De republ., IV, 6 : p. **128**, n. 1.
De senectute, 7, 22 : p. 94, n. 6; p. 97, n. 2; p. 98, n. 2; p. **195**; p. **198-199**.
Tusculan., II, 21, 48 : p. **24**, n. 3.
— III, 3, 5 : p. 37, n. 2.
— III, 4 et 5 : p. 10, n. 1; p. 14, n. 1; p. 16, n. 1; p. **32-37**; p. **51-52**; p. **192-193**; p. **214**, n. 3.
In Verrem, II, I, 42 : p. 191, n. 2.

Denys d'Halicarnasse, II, 25 : p. 128, n. 1.

Diogène Laerce, VII, 118 : p. **37**, n. 2.

Dion Cassius, LVII, 23 : p. 168, n. 1.
— LIX, 1 : p. 191, n. 3.

Donatus, sur Térence, *Eun., prol.*, v. 10 : p. 93, n. 4.

Festus, *De verb. signific.* V° *Mente captus* : p. **17**, n. 1.
— V° *Nec* : p. 10, n. 1; p. 24, n. 3 (p. 25).
— V° *Nepotes* : p. **93**, n. 6; p. **105**, n. 1.
— V° *Piari* : p. **41**, n. 2.

Hippocrate, *De morbo sacro* : p. 44, n. 3.

Horace :
Epod., I, v. 34 : p. 94, n. 2.
Satir., I, 2, v. 7-8 : p. **103**, n. 4 (p. 104).
Satir., II, 3 : p. 36, n. 1.
— v. 32-37 : p. **194**, n. 1.
— v. 214-218 : p. **48-50**.
— v. 224-246 : p. **163**, n. 1; p. **164**.
— v. 278 : p. 41, n. 3.
— v. 296-297 : p. **194**.

Isée, *Orat.* :
I, 21, 34; II, 20; IV, 18, 28 : p. 199, n. 1.
VIII, 34 : p. 104, n. 2.

Isidore de Séville, *Different.* :
I, 39 : p. 94, n. 4.
II, 12 : p. **52-53**.
II, 30 : p. **38**.

Isocrate, *Ægyneticus*, 32, 34, 42 : p. 199, n. 1.

Juvénal, *Satir.* :
XI : p. 163, n. 2.
XII, v. 1-2 : p. **302**.
XIV, v. 288 : p. **96**, n. 2.

Laudatio turiæ : p. **110-112**.

Lucilius, *Satir.*, VI, 9 : p. **93**, n. 4; p. 106, n. 2.

Lydus, *De magistrat.*, I, 42 : p. **80**, n. 1; p. **94**, n. 1.
— I, 43 : p. 89, n. 3; p. **104**, n. 3.

Macrobe, *Saturn.*, II, 9 : p. 106, n. 2.

Nonius Marcellus :
De honestis, 44, 22-27 : p. **41**, n. 3 (p. 42).
— 81, 15 : p. 92, n. 4.
— 159, 35 : p. **92**, n. 3.
De signific. verb., 339, 30 : p. **94**, n. 4.

Paul Diacre, *Excerpta ex libris Festi.* V° *Prodigere* : p. **92**, n. 1.

PLAUTE :
Bacch., V, 1, v. 1131 : p. **14**, n. 3.
Casina, II, 3, v. 231 : p. **92**, n. 4.
— III, 4, v. 571 : p. **41**, n. 3.
Capt., III, 4, v. 593 : p. 41, n. 3.
Menechm., III, 2, v. 279-283 : p. **41**, n. 2.
— V, 4, v. 875 : p. 41, n. 3; p. **42**, n. 1.
PLINE L'ANCIEN, *Hist. natur.*, IX, 35 : p. 103, n. 4 (p. 104).
PORPHYRION, sur HORACE :
Epod., I, v. 34 : p. **105**, n. 2.
Satir., II, 3, v. 214 : p. **50**, n. 1.
QUINTILIEN :
Declam., 260 : p. **130**, n. 3; p. **97**, n. 3, 4.
— 346 : p. **165**, n. 1.
— 367 : p. **165**, n. 3.
Institut. Orat., III, 11, 13 : p. **88**, n. 2; p. 103, n. 4 (p. 104).
— VI, 3, 44 : p. **88**, n. 1; p. 103, n. 4 (p. 104).
— VII, 2, 29 : p. **97**, n. 1.
— XI, 1, 58 : p. **167**, n. 1.
— XI, 1, 65 : p. 165, n. 1; p. 166, n. 2.
— XI, 3, 71 : p. **13**, n. 4.
SÉNÈQUE L'ANCIEN :
Controv., II, 11 : p. **165**, n. 1.
— II, 14, p. **165**, n. 4, et p. **166**.
Excerpta controv., II, 6 : p. **165**, n. 4; p. **166**.
SERVIUS, sur VIRGILE, *Æneid.*, VII, 47 : p. **14**, n. 3.
TÉRENCE, *Eun.*, II, 3, v. 235 : p. 103, n. 4.
VALÈRE MAXIME :
III, 5, 2 : p. 95, n. 3; p. 103, n. 4 (p. 104); p. **106**, n. 2.
VIII, 6, 1 : p. 166, n. 2.
VARRON, *De re rust.* :
I, 2, 8 : p. **17**, n. 1.
I, 10, 2 : p. 116, n. 1.
VIRGILE, *Æneid.*, VII, v. 377 : p. 41, n. 3.
VITA SOPHOCLIS : p. 3, n. 1; p. 195, n. 1.
XÉNOPHON, *Comment.*, I, 2, 49 : p. 196, n. 1.

SOURCES JURIDIQUES.

DROIT ANTÉRIEUR A JUSTINIEN.

GAIUS.
I, 53 : p. 94, n. 3, 6; p. **130**, n. 2.
I, 155 : p. 109, n. 3.
II, 45 : p. 208, n. 3.
II, 64 : p. 214, n. 4.
II, 80, 83, 84 : p. 254, n. 3.
II, 187 : p. 120, n. 1.
III, 106 : p. 19, n. 2.
III, 107 : p. 254, n. 3.
III, 119 : p. **285-288**.
IV, 16 : p. 135, n. 1.
IV, 21 : p. 135, n. 1.
Epitome Gaii, I, 8 : p. 77, n. 3; p. 95, n. 4.

PAUL, *Sentences*.
I, 9 § 6 : p. 271, n. 2.
III, 4ᵃ § 6 : p. 77, n. 2; p. **126**, n. 2.
— § 7 : p. 77, n. 2; p. 80, n. 3; p. **86**, n. 1; p. **102**, n. 2; p. **133-137**; p. **137-142**; p. **144**; p. **182-183**; p. 185.
— § 11 : p. 12, n. 3; p. **22**, n. 1; p. 77, n. 2.
— § 12 : p. 94, n. 3; p. **206**, n. 1; p. **230**; p. 250, n. 1; p. **305**.

ULPIEN, *Règles*.
XII : p. 77, n. 2; p. **80**, n. 1; p. **83**, n. 1; p. **84**, n. 1; p. **85**, n. 2; p. 91, n. 1; p. 94, n. 3, 6; p. **102 103**; p. **109**, n. 1; p. **182**.
XX, 13 : p. 77, n. 2; p. 94, n 3; p. 142, n. 1; p. **182**; p. **187**, n. 1; p. **188**, n. 1; p. **205**; p. **219**, n. 1; p. 229, n. 2; p. 306, n. 1.

VALERIUS PROBUS : p. 135, n. 2.

VATIC. FRAGM., 110 (Paul) : p. 127, n. 1.

DROIT DE JUSTINIEN.

DIGESTE.
I, 18, *De off. præs.*, 13 § 1 : p. 12, n. 6; p. **24**, n. 3.
— 14 : p. 12, n. 2, 5; p. 16, n. 3; p. **21**, n. 3; p. 24, n. 3.
— 18 : p. 92, n. 1.
II, 14, *De pactis*, 28 § 1 : p. 162, n. 2; p. 252, n. 2.
— 28 § 2 : p. 94, n. 3.
— 32 : p. 271, n. 1.
III, 1, *De postul.*, 2 : p. 13, n. 2.
III, 3, *De procur. et defens.*, 2 § 1 : p. **20**, n. 2.
— 51 pr. : p. 271, n. 2.
III, 5, *De neg. gest.*, 5 pr. : p. **275**, n. 1.
IV, 3, *De dolo malo*, 11 § 1 : p. 94, n. 5.
IV, 4, *De minor. XXV annis*, 3 § 4 : p. 271, n. 1, 2.
— 13 pr. : p. **268-272**.
— 16 pr. : p. **283**, n. 2.
IV, 8, *De receptis*, 27 § 5 : p. 12, n. 2; p. 15, n. 2.
V, 1, *De judiciis*, 12 § 2 : p. 21, n. 3.
V, 2, *De inof. test.*, 2 : p. 12, n. 2; p. 15, n. 2; p. **191**, n. 1.
— 5 : p. 191, n. 1.
— 19 : p. 191, n. 1.
IX, 2, *Ad leg. Aquil.*, 5 § 2 : p. 12, n. 6; p. 171, n. 1.
XII, 1, *De reb. cred.*, 9 § 7 : p. **168**; p. **174**; p. 183, n. 1; p. 220, n. 1, 2; p. **254**, n. 2; p. **302-303**, n. 1.
XII, 2, *De jurejur.*, 35 § 1 : p. 221, n. 4.
XII, 6, *De cond. indeb.*, 29 : p. 221, n. 2; p. **246**.
XIV, 6, *De Scto maced.*, 9 § 3 : p. 271, n. 1.

XVIII, 1, *De contr. empt.*, 26 : p. 221, n. 1 ; p. **245.**
XXI, 1, *De ædil. ed.*, 1 § 9 : p. 12, n. 8, 9 ; p. 13, n. 5 ; p. **56.**
— 2 : p. 13, n. 1 ; p. **57**, n. 1.
— 43 § 4 : p. 93, n. 5.
— 43 § 6 : p. 12, n. 7.
XXIII, 3, *De ritu nupt.*, 5 § 3 : p. 162, n. 2.
XXIV, 2, *De divort.*, 4 : p. 12, n. 2 ; p. 16, n. 3.
XXIV, 3, *Soluto matrim.*, 22 § 7 : p. 19, n. 2 ; p. **25**, n. 1.
— 22 § 8 : p. 21, n. 2.
XXVI, 1, *De tutel.*, 3 pr. : p. **125**, n. 1.
— 3 § 1 : p. 12, n. 2 ; p. 16, n. 3 ; p. 84, n. 2 ; p. 125, n. 3.
— 11 : p. 24, n. 1.
XXVI, 2, *De testam. tutela*, 10 § 3 : p. 24, n. 1.
XXVI, 4, *De leg. tut.*, 6 : p. **109**, n. 2, 3.
XXVI, 5, *De tut. et cur. datis*, 8 § 1 : p. 12, n. 2 ; p. 15, n. 2.
— 8 § 3 : p. 63, n. 1.
— 12 pr. : p. 63, n. 1.
— 12 § 1 : p. 103, n. 1 ; p. 124, n. 1 ; p. 180, n. 1 ; p. 234, n. 3 (p. 235).
— 12 § 2 : p. **130**, n. 4 ; p. **156**, n. 1 ; p. **173**, n. 1 ; p. **180**, n. 2.
— 13 § 2 : p. 127, n. 1.
XXVI, 7, *De admin. et peric.*, 2 § 1 : p. 271, n. 2.
— 26 : p. 69, n. 1 (p. 70).
— 48 : p. 94, n. 3 ; p. 162, n. 2 (p. 163).
XXVII, 1, *De excus.*, 10 § 8 : p. 12, n. 4.
XXVII, 3, *De tut. et rat.*, 4 § 3 : p. **69**, n. 1.
— 16 § 1 : p. 69, n. 1 (p. 70).
XXVII, 4, *De contr. tut.*, 1 § 2 : p. 94, n. 3 ; p. 162, n. 2.
XXVII, 9, *De reb. eorum qui sub tut.* : p. 236.
— 5 § 8 : p. 227, n. 4 (p. 228).
XXVII, 10, *De curat. fur. et aliis*, 1 : p. 2, n. 2 ; p. 71, n. 1 ; p. 77, n. 1 ; p. 79, n. 1 ; p. 80, n. 2 ; p. **81**, n. 2 ; p. 85, n. 1 ; p. 94, n. 3 ; p. 95, n. 1, 2 ; p. **148-153** ; p. **156-157** ; p. 178-**180** ; p. **182** ; p. 183, n. 1 ; p. **186**, n. 1, p. **305-310** ; p. 313-**314.**
— 2 : p. 63, n. 1.
— 6 : p. 12, n. 2 ; p. 15, n. 2.
— 7 pr. : p. 85, n. 3.
— 7 § 1 : p. 12, n. 2 ; p. 16, n. 3.
— 10 pr. : p. 183, n. 3 ; p. 187, n. 1 ; p. 220, n. 1, 2 ; p. 244-**245** ; p. 252, n. 1.
— 13 : p. 94, n. 3 ; p. 162, n. 2.
— 14 : p. 127, n. 1.
— 15 pr. : p. 126, n. 1.
— 15 § 1 : p. 94, n. 3 ; p. 162, n. 2 (p. 163).
— 16 : p. 94, n. 3 ; p. 99, n. 2 (p. 100) ; p. **158** ; p. **180** 181 ; p. 235, n. 3.
XXVIII, 1, *Qui testam. fac. possunt*, 17 : p. 12, n. 3 ; p. 22, n. 1.
— 18 pr. : p. **182** ; p. **205-206** ; p. 207 ; p. 229, n. 2 ; p. 232 ; p. 249, n. 1 ; p. 306, n. 1.
— 20 § 4 : p. 12, n. 6 ; p. 21, n. 2.

XXVIII, 3, *De inj., rupt., irr.*, 6 §§ 5-13 : p. 208, n. 3.
XXIX, 2, *De acq. v. omit. hered.*, 4 : p. 225, n. 1.
— 5 § 1 : p. **182**; p. **212-213**; p. 252, n. 1.
— 18 : p. 225, n. 1.
— 47 : p. 19, n. 3.
— 89 : p. 271, n. 2.
XXIX, 7, *De jure codic.*, 2 § 3 : p. 20, n. 2; p. **51**, n. 2.
XXXI, *De legat.*, 2°, 48 § 1 : p. 12, n. 2; p. 16, n. 3.
XXXVII, 3, *De bon. poss. furioso*, 1 : p. 260, n. 1.
XXXVII, 11, *De bon. poss. sec. tab.*, 1 § 9 : p. 206, n. 1; p. **230**.
XXXVIII, 5, *Si quid in fraud. patr.*, 1 §§ 16-17 : p. 92, n. 1; p. 96, n. 1.
XXXVIII, 17, *Ad Sctum Tertull.*, 2 § 11 : p. 12, n. 6.
XXXIX, 3, *De aq. et aq. pluv.*, 19, 20 : p. **160**, n. 2.
XLI, 2, *De adq. v. omit. poss.*, 1 § 3 : p. 20, n. 1.
XLI, 3, *De usurp. et usuc.*, 13 § 1 : p. 245, n. 3.
— 44 § 6 : p. 19, n. 6.
XLI, 4, *Pro empt.*, 2 § 16 : p. 245, n. 3.
— 8 : p. 94, n. 5.
XLII, 1, *De re judic.*, 60 : p. 56, n. 2.
XLII, 4, *Quib. ex caus. in poss.*, 7 § 11 : p. 162, n. 2 (p. 163); p. **174**, n. 1 (p. 175).
— 7 § 12 : p. 94, n. 3; p. 162, n. 2 (p. 163).
XLII, 5, *De reb. auctor. jud.*, 19 § 1 : p. 94, n. 3; p. 162, n. 2 (p. 163).
— 21 : p. 13, n. 2.
— 22 pr. : p. 162, n. 2 (p. 163).
XLIII, 24, *Quod vi*, 11 § 7 : p. 214, n. 5.
XLIII, 30, *De lib. exhib.*, 3 § 4 : p. 93, n. 5.
XLIV, 1, *De except., præscr.*, 7 § 1 : p. 271, n. 2.
XLIV, 4, *De dol. mali et met. except.*, 4 § 25 : p. 252, n. 2.
XLIV, 7, *De oblig. et act.*, 1 § 12 : p. 19, n. 5; p. **264**, n. 1; p. 303, n. 2.
— 46 : p. **273**, n. 1.
XLV, 1, *De verb. oblig.*, 6 : p. 155, n. 1; p. **158**; p. **173-174**; p. 181; p. 183, n. 1; p. 220, n. 1, 2; p. **243-244**; p. 252, n. 1; p. **264**.
— 101 : p. **247**, n. 2; p. 255, n. 2.
XLVI, 1, *De fidej. et mand.*, 16 § 4 : p. 287, n. 2.
— 25 : p. 65, n. 1; p. 94, n. 3; p. 155, n. 1; p. 162, n. 2 (p. 163); p. 168, n. 1; p. 254, n. 4; p. **266-267**.
— 70 § 4 : p. 19, n. 5; p. **264**, n. 1; p. 274, n. 1; p. 287, n. 1; p. 295, n. 1.
XLVI, 2, *De nov. et del.*, 3 : p. 183, n. 1; p. **221**; p. 252, n. 1.
— 20 § 1; p. 221, n. 7.
— XLVI, 3, *De sol. et liber.*, 15 : p. 221, n. 7; p. **223**, n. 2; p. **248**.
— 95 § 3 : p. 271, n. 2.

XLVI, 6, *Rem pup. vel adolesc.*, 4 § 8 : p. 94, n. 3; p. 162, n. 2 (p. 163).
XLVI, 8, *Ratam rem haberi*, 24 § 1 : p. 20, n. 3.
XLVII, 2, *De furtis*, 56 § 4 : p. 214, n. 5.
XLVII, 10, *De injuriis*, 17 § 11 : p. 15, n. 2; p. 20, n. 2.
XLVIII, 4, *Ad legem Jul. maj.*, 7 § 3 : p. 12, n. 4.
XLVIII, 9, *Ad leg. Cornel. de sicar.*, 9 § 2 : p. 24, n. 3; p. **41**, n. 2; p. 171, n. 1.
XLIX, 17, *De castr. pecul.*, 18 § 1 : p. **217**, n. 2 (p. 218).

CODE.
I, 4, *De episcop. aud.*, 28 : p. 12, n. 2, 3; p. 15, n. 1, 2, 3.
II, 22, *De in int. rest. min.*, 3 : p. 183, n. 4; p. **184**; p. 221, n. 1; p. **247**; p. **255**, n. 1; p. **302**, n. 3; p. 303, n. 3.
II, 24, *De fidej. minor.*, 1 : p. 271, n. 2.
IV, 38, *De contr. empt.*, 2 : p. 19, n. 4.
V, 4, *De nuptiis*, 25 : p. 12, n. 2, 3; p. 15, n. 1, 2, 3.
V, 30, *De leg. tut.*, 5 : p. 234, n. 3 (p. 235).

INSTITUTES.
I, 8 : *De iis qui sui vel alieni*, 2 : p. 130, n. 1.
I, 14 : *Qui test. tut.*, 2 : p. 24, n. 1.
— 4 : p. 256, n. 1.
I, 21, *De auc. tut.*, pr. : p. 254, n. 3.

— 18 §§ 2-3 : p. 183, n. 1; p. **216**; p. **217**, n. 1; p. 221, n. 5, 6.
L, 4, *De muner. et hon.*, 1 § 4 : p. 94, n. 3; p. 162, n. 2 (p. 163).
L, 16, *De verbor. signif.*, 10 : p. 287, n. 2.
— 28 pr. : p. 227, n. 4.
— 53 pr. : p. 83, n. 1.
— 195 § 5 : p. 127, n. 4.
L, 17, *De reg. juris*, 3 : p. 225, n. 1.
— 5 : p. 19, n. 2, 5.
— 40 : p. 19, n. 3; p. 155, n. 1; p. **158-162**; p. 181.
— 124 § 1 : p. 20, n. 2.
— 157 pr. : p. 214, n. 5.

V, 34, *Qui dare tut. vel cur.*, 2 : p. 127, n. 1.
V, 37, *De admin. tut.*, 28 § 1 : p. 12, n. 3; p. 15, n. 2.
V, 70, *De curat. fur. vel prod.*, 1 : p. **125**, n. 3 (p. 126).
— 2 : p. 16, n. 3.
— 3 : p. 166, n. 2.
— 6 : p. 21, n. 3; p. **66-72**.
— 7 pr. : p. 21, n. 3; p. **100-101**.
— 7 § 3 : p. **259**, n. 1.
VI, 26, *De impub. et al. subst.*, 9 : p. 12, n. 3; p. 22, n. 2.

I, 23, *De curat.*, 3 : p. **14**, n. 4; p. 80, n. 1.
— 4 : p. 12, n. 3; p. 63, n. 1.
II, 10, *De test. ordin.*, 6 : p. **233**, n. 1, 2.
II, 12, *Quib. non est permiss.*, pr. : p. 217, n. 1.

— § 2 : p. 162, n. 2 (p. 163); p. 183, n. 2; p. 206, n. 1; p. **230**, n. 1; p. **249**, n. 2.
II, 16, *De pup. subst.*, 1 : p. 22, n. 2.
II, 17, *Quib. mod. testam. infirm.*, 4 : p. 208, n. 3.
II, 18, *De inof. test.*, pr. : p. 191, n. 1.
III, 19, *De inut. stip.*, 8 : p. 19, n. 2.
— 9 : p. 254, n. 3.
— 10 : p. 19, n. 2, 7.

DROIT POSTÉRIEUR A JUSTINIEN.

BASILIQUES, XXVI, 1 : p. 284, n. 1.
— XXVIII, 10 : p. **314**, n. 2.
LÉON, *Novelle XXXIX* : p. **261-262**; p. **315-318**.

FIN DE LA TABLE DES TEXTES.

TABLE DES MATIÈRES.

LA FOLIE ET LA PRODIGALITÉ.

Pages.

INTRODUCTION..... 1

LA FOLIE.

ÉTUDE SUR LES DEUX FORMES D'ALIÉNATION MENTALE RECONNUES PAR LE DROIT ROMAIN : FUROR ET DEMENTIA..... 7

I.

Définition de la fureur et de la démence.

I. Diverses expressions servant à désigner l'aliénation mentale et les aliénés : *furiosus*, *demens* et *mente captus*. Sens large et sens étroit de ces expressions. A quelle distinction des maladies mentales se rapportent-elles?..... 11

II. Premier système, consistant à caractériser la fureur par l'agitation anormale de l'esprit et la possibilité d'intervalles lucides, la démence par un état de complète déraison mentale, sans possibilité de retour à la raison..... 17

III. Cette définition n'est conforme ni au sens matériel des mots, ni au témoignage des textes..... 19

IV. La théorie qu'on prête au droit ancien n'est soutenable, ni rationnellement, ni historiquement, ni pratiquement..... 24

Pages.

V. Deuxième système, consistant à opposer la folie proprement dite (*furor*) à la faiblesse d'esprit (*dementia*). Part de vérité qu'il renferme. Raisons qui doivent le faire rejeter 29

VI. Passage des *Tusculanes* où Cicéron définit les mots *furor* et *insania*. Passage d'Isidore de Séville..... 32

VII. La distinction du *furiosus* et du *demens* ne doit-elle pas s'expliquer par les changements que la conception de la folie a subis dans les idées des anciens?..... 38

VIII. A l'origine, le fou était regardé comme un possédé; aussi croyait-on que la folie impliquait nécessairement la perte complète de la raison..... 40

IX. Une notion plus large de la folie se forma sous l'influence de la science, de la philosophie et des mœurs. Le *demens* est un aliéné atteint de folie partielle, un monomane..... 43

X. Exemple emprunté à Horace..... 48

XI. Cette théorie est conforme à l'idée que les textes nous donnent de la fureur (*mentis ad omnia cæcitas*), et à la définition du *demens*, d'après Isidore de Séville..... 50

XII. Elle est confirmée par un passage de Celse, *De medicina*. La distinction faite par cet auteur entre deux sortes d'aliénés, *qui imaginibus falluntur* et *qui mente falluntur*, est identique à celle du *furiosus* et du *demens*..... 53

II.

Des principes qui régissaient la condition juridique du furiosus et celle du demens.

I. La curatelle du *furiosus* et celle du *demens*. Aucune n'était facultative..... 62

II. L'incapacité du *demens*, réglée sur le même principe que celle du *furiosus*..... 63

III. Quelle était, en cas de démence, la durée de la curatelle? Controverse entre les Prudents, relativement à l'effet produit par la survenance des intervalles lucides sur les pouvoirs du curateur..... 65

IV. Conclusion..... 72

LA PRODIGALITÉ.

Pages.

ÉTUDE SUR LES DEUX SYSTÈMES D'INTERDICTION QUI FURENT PRATIQUÉS EN DROIT ROMAIN..... 75

PREMIÈRE PARTIE.

L'INTERDICTION DES PRODIGUES DANS L'ANCIEN DROIT ET DANS LE DROIT NOUVEAU.

I.

La coutume primitive et la loi des Douze-Tables..... 79

I. Premières origines de l'interdiction et de la curatelle du prodigue..... 79
II. La loi. Critique des essais de restitution auxquels le texte des Douze-Tables a donné lieu. Restitution de J. Godefroy. Restitution de M. Voigt..... 82
III. Les mœurs. *Ignominia* encourue par ceux qui dissipent leur patrimoine, et incapacités qui s'y rattachent. Intervention du censeur..... 88

II.

La curatelle légitime et la curatelle dative. Conditions requises pour l'ouverture de la curatelle..... 90

Des conditions requises pour l'interdiction des prodigues, et en particulier des conditions spéciales auxquelles était subordonnée l'ouverture de la curatelle légitime, et en dehors desquelles s'ouvrait la curatelle dative..... 91
I. Première condition : la prodigalité. Comment les Romains la désignaient, et comment ils l'ont toujours définie..... 92
II. Deuxième condition : le prodigue devait être *sui juris*. L'interdiction a-t-elle jamais été applicable au fils de famille prodigue?..... 98

Pages.

III. Troisième condition, spéciale à la curatelle légitime : la loi exigeait que le prodigue eût recueilli la succession de son père, *bona paterna avitaque*, comme héritier *ab intestat*..... 101

IV. On comprend que la loi ait exclusivement veillé à la conservation de l'héritage paternel : l'ancienne interdiction avait uniquement pour but la défense de la famille civile. Mais pourquoi fallait-il que l'héritage eût été recueilli *ab intestat?*..... 105

V. D'après M. Accarias, c'était là une condition requise dans tous les cas pour que la tutelle légitime ou la curatelle légitime fût déférée. Argument tiré de la *laudatio Turiæ*. Réfutation..... 108

VI. Suivant d'autres auteurs, cette condition n'était pas requise en matière de tutelle, mais elle l'était pour la curatelle du fou comme pour celle du prodigue. Argument tiré du texte des Douze-Tables. Réfutation. Il faut reconnaître qu'il y avait là une particularité de la curatelle du prodigue..... 112

VII. Comment cette particularité s'explique-t-elle? Critique d'une explication fondée sur la volonté présumée du testateur..... 114

VIII. L'explication doit être cherchée dans les plus anciennes origines de la propriété familiale et du droit héréditaire (*L'Heredium*. Le *Suus heres*)..... 115

IX. Etait-il nécessaire que le prodigue eût des enfants pour que la curatelle légitime pût s'ouvrir?..... 121

X. L'interdiction pouvait-elle être prononcée contre une personne déjà placée en tutelle ou en curatelle, à raison de son âge, ou de son état mental, ou de son sexe?..... 124

XI. Résumé des divers cas où, à défaut des conditions requises pour l'ouverture de la curatelle légitime, le prodigue était mis en curatelle par le magistrat. Depuis la création de la curatelle dative, l'interdiction n'eut plus pour base l'intérêt de la famille civile. Raison d'intérêt social et raison d'intérêt privé qui lui servent de fondement..... 128

III.

Les deux systèmes d'interdiction.

Pages.

I. Le décret d'interdiction d'après les Sentences de Paul. Son importance contestée à tort par Doneau. Ancienneté de son origine, contestée, à tort aussi, par Cujas..... 132

II. Ce décret démontre l'existence d'un système d'interdiction essentiellement différent de celui qu'on trouve consacré au Digeste..... 137

III. La distinction des deux systèmes d'interdiction ne doit-elle pas être rattachée à celle de la curatelle légitime et de la curatelle dative? Comment se sont-ils successivement formés?..... 142

IV. D'après M. Voigt, le nouveau système aurait été déduit, par voie d'interprétation, de la loi des Douze-Tables.... 144

V. On doit plutôt penser qu'il fut créé par la jurisprudence en vue de certains cas où la loi ne s'appliquait pas, et qu'ainsi, à l'époque classique, il y avait deux systèmes d'interdiction différents. Opinion de M. Ubbelohde..... 146

VI. Explication d'un texte d'Ulpien : Dig., XXVII, 10, *De curat. fur.*, 1. Ce texte contient une antithèse entre l'interdiction prononcée LEGE XII TABULARUM, et la coutume qu'ont les magistrats de donner des curateurs aux prodigues EXEMPLO FURIOSI. C'est la distinction même des deux systèmes d'interdiction..... 147

IV.

La comparaison de la prodigalité avec la folie.

I. Importance juridique de la comparaison des prodigues avec les fous. C'est un véritable principe de droit..... 154

II. Nombreux fragments du Digeste qui règlent, sur cette analogie, la curatelle et l'incapacité du prodigue..... 156

III. Passages de Sénèque et de Quintilien qui font une sorte de confusion entre la demande d'interdiction et la demande de nomination d'un curateur pour cause de folie.. 163

Pages.

IV. Critique de l'opinion d'après laquelle l'incapacité du prodigue doit être assimilée à celle du pupille. La demi-capacité que conserve le prodigue s'explique par le caractère de la folie dont il est réputé atteint : c'est une folie partielle, limitée à certains actes..... 167

V. L'assimilation de la prodigalité avec la folie remonte à l'institution de la curatelle dative. Elle est le principe fondamental du nouveau système d'interdiction. Critique de l'opinion qui en cherche l'origine dans la loi des Douze-Tables..... 175

VI. Textes d'où il résulte que cette assimilation avait une portée restreinte aux prodigues mis en curatelle par le magistrat..... 178

VII. Double terminologie usitée en matière d'interdiction (IS CUI LEGE BONIS INTERDICTUM EST, IS CUI BONIS INTERDICTUM EST), et classification des textes d'après cette terminologie..... 181

VIII. Double raison donnée par les textes pour expliquer l'incapacité de l'interdit (absence du *Commercium* et comparaison du prodigue avec un *furiosus*). Classification des textes d'après cette dualité de motifs. Cette classification se rapporte exactement à la précédente..... 187

IX. Pourquoi il est rationnellement nécessaire d'admettre que l'assimilation de la prodigalité avec la folie a été un moyen de jurisprudence, ayant pour but de compléter le système de la loi. Rapprochement de cette théorie avec la fiction de folie sur laquelle la jurisprudence a fondé la *querela inofficiosi testamenti*..... 189

X. Raisons de penser que la comparaison de la prodigalité avec la folie a été empruntée à la philosophie grecque et au droit d'Athènes. Rapprochement entre le droit romain et le droit grec, dans la matière de l'interdiction et dans celle des testaments inofficieux..... 191

DEUXIÈME PARTIE.

Pages.

ESSAI DE RECONSTITUTION DES DEUX SYSTÈMES D'INTERDICTION. 201

I.

Des actes que le prodigue était incapable de faire .. 204

I. Dans l'ancien système d'interdiction, une double déchéance était encourue. Première déchéance (*ea re interdico*) restreinte aux *bona paterna avitaque*..... 205

II. Seconde déchéance (*commercio interdico*). — Cette seconde déchéance rendait le prodigue incapable de tester, mais n'annulait pas le testament fait avant l'interdiction..... 205

III. Elle n'avait pas d'effets absolus, mais elle se restreignait, elle aussi, aux *bona paterna avitaque*. Examen de la doctrine de M. Voigt..... 209

IV. Argument tiré du texte d'Ulpien qui donne au prodigue interdit *lege* le droit de faire adition d'hérédité..... 211

V. Conséquences générales de l'incapacité résultant du décret d'interdiction..... 213

VI. Réponse à quelques objections tirées : 1° de l'esprit général du droit romain ; 2° de ce fait que le prodigue était incapable de tester; 3° de ce que les mots *commercio interdico*, entendus dans le sens que nous leur donnons, n'auraient eu aucune portée pratique..... 216

VII. Dans le nouveau système d'interdiction, il faut distinguer les actes qui tendent à rendre la condition pire et ceux qui tendent à l'améliorer. Le prodigue n'est traité comme fou que pour ce qui concerne les premiers. Applications de ce principe..... 219

VIII. Le prodigue peut-il faire une novation? *Pomponius*, *D. XLVI, 2, 3*. Explication de ce texte, d'après M. Voigt. Réfutation..... 221

IX. Le prodigue peut-il faire adition d'hérédité? peut-il répudier? Non. Controverses, tenant à ce qu'on ne distingue pas les deux systèmes d'interdiction..... 224

X. Le prodigue peut-il tester? Non; mais ici l'incapacité ne résulte pas de l'absence du *commercium*..... 228

Pages.

XI. Le prodigue est incapable d'être témoin dans un testament. Cette incapacité ne se rattache ni à l'un ni à l'autre des deux systèmes d'interdiction. Elle tient au déshonneur (*ignominia*) encouru par ceux qui dilapident leur patrimoine..... 232

XII. Ce déshonneur entraînait-il d'autres conséquences?..... 234

XIII. Le sénatus-consulte qui défendit aux tuteurs et aux curateurs d'aliéner certains immeubles eut pour effet de soumettre à une règle commune les prodigues soumis à l'un ou à l'autre des deux systèmes d'interdiction..... 235

XIV. Justinien établit l'unité. Il reproduit en général les principes du nouveau système. Toutefois, il donne au prodigue, comme dans le système ancien, le droit de faire adition d'hérédité..... 236

II.

De la nullité des actes faits par le prodigue. Était-elle sanctionnée par le droit civil, ou par le droit prétorien?

I. Doctrine de M. Ubbelohde sur le caractère exclusivement prétorien de l'incapacité des prodigues mis en curatelle par le magistrat..... 239

II. Il faut admettre que le nouveau système d'interdiction reposait sur un principe de droit civil..... 241

III. Réfutation par les textes de la doctrine contraire..... 243

III.

Le prodigue pouvait-il agir avec le consentement du curateur?..... 251

I. Dans les deux systèmes d'interdiction, cette question était résolue négativement, pour des raisons différentes..... 251

II. Examen et réfutation de l'opinion contraire. Objections tirées de l'analogie que présentait le prodigue avec un pupille ou un mineur de vingt-cinq ans, et des principes généraux admis en matière de curatelle..... 253

Pages.

III. Du cas où un prodigue, mis en curatelle *exemplo furiosi*, était appelé à faire adition d'hérédité. Controverse entre les jurisconsultes romains..... 257

IV. Dans le droit de Justinien, la règle, jadis commune aux deux systèmes d'interdiction, subsiste toujours. C'est sans doute afin d'écarter l'inconvénient qu'elle présentait, dans le cas où le prodigue avait à faire adition d'hérédité, que Justinien a donné au prodigue le droit de faire adition... 258

IV.

Le prodigue pouvait-il contracter une obligation naturelle? Un fidéjusseur pouvait-il s'engager pour lui?..... 263

I. Le prodigue interdit *lege* s'obligeait même civilement; le prodigue mis en curatelle *exemplo furiosi* ne pouvait pas s'obliger, même naturellement. La question de l'obligation naturelle ne se pose donc pas. Difficultés insolubles que cette question soulève dans la doctrine courante. Loi *Is cui bonis :* D. XLV, 1, *De verb. oblig.*, 6..... 263

II. Loi *Marcellus*, validant l'engagement qu'un fidéjusseur a contracté pour un pupille, pour un prodigue ou pour un fou : D. XLVI, 2, *De fidej. et mand.*, 25. Exégèse de ce texte. 266

III. Si quis pro pupillo... : intervention du fidéjusseur pour un pupille. Comment la décision du texte, restreinte à cette hypothèse, doit être entendue. Rapprochement de la loi *Marcellus* et de la loi 13, D. IV, 4, *De minorib*..... 267

IV. Prodigove vel furioso... : intervention du fidéjusseur pour un prodigue ou pour un fou. Impossibilité de comprendre, dans cette hypothèse, la décision du texte..... 272

V. Première tentative d'explication : l'incapable, pour qui le fidéjusseur est intervenu, est obligé civilement. Critique.. 273

VI. Deuxième tentative d'explication : l'incapable n'a pas pu s'obliger, et cependant le fidéjusseur est tenu, s'il a su qu'il intervenait pour un incapable. Critique..... 277

VII. Le texte a-t-il été interpolé? La mention d'un fidéjusseur a-t-elle été substituée à celle d'un *sponsor* ou d'un *fidepromissor?* Cette interpolation explique deux particularités du texte, mais ne suffit pas à justifier la décision de Marcellus, dans son application au prodigue et au fou... 281

Pages.

VIII. Les mots *prodigove vel furioso* ont-ils été ajoutés après coup? L'interpolation n'est ici démontrée que pour *vel furioso*..... 289

IX. N'est-ce pas d'un prodigue interdit *lege* qu'il était question dans le texte original? Comment la dualité des systèmes d'interdiction permet de comprendre les décisions en apparence contradictoires d'Ulpien et de Marcellus..... 290

X. Quel peut être, dans le droit de Justinien, le sens de la loi *Marcellus?*..... 293

V.

A partir de quel moment le prodigue devenait incapable, et comment il recouvrait la capacité..... 298

I. D'après l'ancien système d'interdiction, il fallait un décret pour enlever la capacité au prodigue, et un autre décret pour la lui rendre..... 298

II. D'après le nouveau système, le prodigue ne devenait incapable qu'en vertu de la décision du magistrat qui le mettait en curatelle comme fou, mais il recouvrait la capacité par cela seul qu'il changeait de genre de vie..... 300

III. Textes sur lesquels cette doctrine se fonde..... 305

IV. Comparaison entre les deux théories. Quelle est celle que le droit de Justinien consacre?..... 310

CONCLUSION.

LE DROIT DE JUSTINIEN, ET LA NOVELLE XXXIX DE LÉON . . 313

TABLE DES TEXTES..... 319

Sources littéraires..... 319

Sources juridiques..... 321

Droit antérieur à Justinien..... 321

Droit de Justinien..... 322

Droit postérieur à Justinien..... 329

CORRIGENDA ET ADDENDA.

P. 16, n. 3. Gordien, C. V, 30, *De cur. fur.* Lisez : C. V, **70**, *De cur. fur.*

P. 17, n. 3. *Dictionn. des antiquités*, v° *Curatio.* Lisez : v° **Curator.**

P. 19, n. 1. Cicéron, *De divin.*, I, 31, 61. Lisez : I, 31, **66.**

P. 19, n. 6. Papinien, D. XLI, 2, *De usurp.* Lisez : XLI, **3.**

P. 20, n. 3. Africain, D. XLIV, 8, *Rat. rem. hab.* Lisez : **XLVI**, 8.

P. 21, n. 1. Cicéron, *in Pison.*, 20. Lisez : *in Pison.*, 20, **47.**

P. 45, n. 2. Le passage d'Arétée, cité à la note 2, est tiré du traité *De causis et signis diuturnorum morborum*, VII, *in fine.* Le Clerc, dans son *Histoire de la médecine*, p. 514, dit, après avoir traduit ce passage : « C'est une chose assez particulière qu'un païen, comme était Arétée, mît au rang des maladies cette espèce de fureur qu'on prétendait être inspirée par les dieux. »

P. 50, n. 1. Acron et Porphyrion, sur Horace, *Satires*, II, 3, v. 214. Voyez, sur les commentaires de ces scoliastes, Dirksen, *Hinterlassene Schriften*, I, 1871, p. 338 : *Die scoliasten des Horaz, als Berichterstatter über römischrechtliche Gegenstände.*

P. 52, n. 1. *Cicéron dit que, dans la folie, l'âme est comme séparée du corps : De divinat.*, I, 57. V. aussi *Lucullus*, 17, 20. Lisez : *De divinatione*, I, 57, **129**. *Lucullus*, 17, **52-53.**

P. 52, n. 3 et p. 53, n. 1. A propos d'Isidore de Séville, voy. Dirksen, *Hinterlassene Schriften*, I, 1871, p. 185-203 : *Uber die durch Isidor von Sevilla benützten Quellen des römischen Rechts.*

P. 73, n. 1. *Revue de droit hongrois, Magyar Igazsagagy.* Lisez : *Magyar* **Igazsagügy.**

P. 84, n. 2. Sur le fragment des Douze-Tables, *Ast ei custos nec escit*, voy. Huschke, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 1878, p. 339, n. 58 : *Die vermögensrechtliche Handlungsfähigkeit der mündigen Minderjährigen.*

P. 89, ligne 9. *Regimen morem.* Lisez : *Regimen* **morum.**

P. 92, n. 1. Ulpien, D. XXXVIII, 4, *Ne quid in fraudem patroni.* Lisez : XXXVIII, **5.**

P. 92, n. 4. Plaute, *Casina*, v. 143. Lisez : *Casina*, **II, 3, v. 231.**

P. 93, n. 1. Ajoutez : A.-Gelle, VI, 11, 8.

P. 93, n. 3. A.-Gelle, VI, 11, 2. Lisez : VI, 11, **1-2.**

P. 94, n. 2. Horace, *Ep.*, I, 15, 36. Lisez : *Ep.*, I, **34.**

P. 98, n. 1. *V. sur ce point, Batbie et Duvergier.* Lisez : Batbie et **Duverger.**

P. 103, n. 4. Térence, *Eun.*, II, 2, 4. Lisez : **III, 3, v. 235.**

P. 103, n. 4 (p. 104). Horace, *Satir.*, I, 2, v. 8. Lisez : I, 2, v. **7-8.**

P. 104, n. 3. L'animal dont parle Lydus rappelle un autre animal fantastique, le Catoblepas, que G. Flaubert fait intervenir dans la Tentation de saint Antoine comme le symbole de la stupidité, et qui, dit-il, « s'est un jour dévoré les pattes sans s'en apercevoir. » G. Flaubert, *La tentation de saint Antoine*, ch. VII.

P. 128, n. 1. Aulu-Gelle, X, 22, 4. Lisez : X, **23, 4.**

P. 130, n. 3. Quintilien, *Declam.*, 240. Lisez : **260.**

P. 136, n. 1. A.-Gelle, VII, 11. Lisez : **VI**, 11.

P. 163, n. 1. *Nunc age luxuriam...* Lisez : *Nunc age, luxuriam...*

P. 166, n. 2. Quintilien, *Inst. Orat.*, XI, 1. Lisez : XI, 1, **65.**

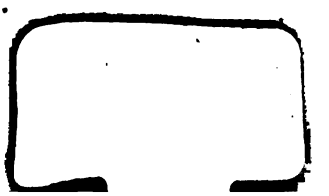
P. 167, n. 1. Quintilien, *Inst. Orat.*, XI, 1. Lisez : XI, 1, **58.**

P. 193, n. 1. Cicéron, *De finibus bonor. et mal.*, 10. Lisez : *De finibus bonor. et mal.*, **III, 10, 35.**

P. 214, n. 5. Julien, D. XLVII, 2, *De privatis delictis.* Lisez : XLVII, 2, **De furtis.**

P. 271, n. 1. D. IV, 6, *De Scto Maced.* Lisez : D. **XIV**, 6.

P. 302, dernière ligne. D. XII, 1, *De reb. cr.*, 9 § 8. Lisez : 9 § **7.**

P. 303, n. 2. Gaius, D. XLIX, 7, *De oblig. et act.* Lisez : D. **XLIV**, 7.

BAR-LE-DUC, IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.